

THÈSE DE
PARIS.
1883.
N^o. 54.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

DROIT ROMAIN

DE LA PATERNITÉ DES ENFANTS
NÉS DANS LE CONCUBINAT

DROIT FRANÇAIS

DE LA POSSESSION D'ÉTAT
ET
DE SA FORCE PROBANTE EN MATIÈRE DE FILIATION

PAR

Albert FAUVELLE.

PARIS

A. COTILLON & C^{ie}, IMPRIMEURS-ÉDITEURS,
Libraires du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée,
24, RUE SOUFFLOT, 24.

—
1883

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

DROIT ROMAIN

DE LA PATERNITÉ DES ENFANTS
NÉS DANS LE CONCUBINAT

DROIT FRANÇAIS

DE LA POSSESSION D'ÉTAT
ET
DE SA FORCE PROBANTE EN MATIÈRE DE FILIATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Albert FAUVELLE.

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le jeudi 24 juin 1883, à 1 heure.

PRÉSIDENT: M. LABBÉ,

SUFFRAGANTS: {	MM. VUATRIN,	} PROFESSEURS.	
	COLMET DE SANTERRE,		
	BEAUREGARD,		} AGRÉGÉS.
	LÉON MICHEL.		

Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement.



PARIS

A. COTILLON & C^{ie}, IMPRIMEURS-ÉDITEURS,

Libraires du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée,
24, RUE SOUFFLOT, 24.

1883



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE LA PATERNITÉ DES ENFANTS

NÉS DANS LE CONCUBINAT

L'avènement du christianisme a transformé bien des institutions romaines, mais parmi les matières où son influence devait se faire et se fit effectivement le plus sentir, il faut assurément compter celle des enfants naturels nés du concubinat.

Dans la préface de la Nouvelle 89, Justinien a pu dire que jusqu'à Constantin : « Naturalium nomen
« romanæ legislationi dudum non erat in studium,
« nec quælibet circa hoc fuit humanitas, sed tan-
« quam alieni genum aliquid et omnino alienum
« a republica putabatur. » Ce qui avait paru bon et possible dans l'ancien état de choses ne le parut plus alors que l'esprit de la nouvelle religion pénétra dans la société romaine. La vieille famille agnatique, fondée sur la communauté des dieux domestiques avait peu à peu disparu : il n'y a plus de dieux particuliers à chaque maison, mais un dieu unique, le même pour tous. Le *paterfamilias* n'exerce plus un sacerdoce, il perd du même

coup sa juridiction omnipotente. Désormais la base de la famille ne sera plus artificielle, elle sera la conséquence des liens du sang, des liens de la nature.

C'est la procréation qui donne des droits à l'enfant contre son père, dès lors l'enfant naturel a des droits que le législateur doit consacrer.

Mais au point de vue des mœurs, la nouvelle doctrine est moins indulgente que la société payenne. L'enfant naturel doit le jour à une faute contre la morale et le respect dû au mariage. Il faut punir cette faute et pour que la punition soit plus efficace on frappera les parents coupables dans ce qu'ils ont de plus cher, c'est-à-dire dans la personne de leurs enfants. C'est du reste le système suivi dans la législation moderne ; les incapacités sont compensées par des privilèges.

Il est donc nécessaire d'étudier successivement les deux phases de la loi romaine.

PREMIÈRE PÉRIODE

DEPUIS L'ORIGINE JUSQU'A CONSTANTIN.

CHAPITRE PREMIER.

DU CONCUBINAT.

Si le concubinat était une union réglée par la législation romaine et produisant des effets juridiques, on peut en conclure que la présomption : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, s'appliquait aux enfants qui en étaient issus. Si au contraire le concubinat n'était qu'un fait licite, dont la loi ne s'occupait ni pour le consacrer ni pour le désapprouver, si en un mot c'était ce que nous désignons aujourd'hui sous le nom de concubinage, les enfants nés de ce commerce ne devaient point avoir de père certain par le seul fait que leurs parents avaient entretenu des relations prolongées.

La question qui s'impose la première est donc celle de savoir quelle était exactement la place du concubinat dans la jurisprudence romaine.

Le *connubium* ou faculté de contracter des *justæ nuptiæ* n'appartenait pas à tous les citoyens romains. C'est ainsi qu'à l'origine il y avait une ligne profonde de démarcation entre les patriciens et les plébéiens. Les patriciens étaient les conquérants, à

eux étaient réservés les honneurs et le pouvoir, les plébéiens étaient les vaincus, ils n'avaient droit qu'au mépris. Entre ces deux classes le mariage était impossible. Il en fut ainsi jusqu'au jour où, sur la proposition du tribun Canuleius, la loi Canuleia vint décréter que les plébéiens auraient désormais le *conubium* avec les patriciens (310 de Rome). Mais les patriciens humiliés d'avoir été vaincus par la *plèbe*, se retranchèrent dans leur orgueil et le triomphe des plébéiens fut plus nominal que réel.

De même encore sous le droit ancien le mariage était interdit entre ingénus et affranchis. C'est ce qui ressort d'un sénatus-consulte, qui accorda comme faveur exceptionnelle à l'affranchie Hispala Fecennia, dénonciatrice des bacchanales, le droit d'épouser un ingénu (Tite-Live, XXXIX, 19).

Il pouvait cependant arriver qu'un patricien s'éprit d'une plébéienne ou un ingénu d'une affranchie. Il entretenait alors avec cette femme, qu'il ne pouvait épouser, des relations suivies; telle dut être l'origine du concubinat.

Tous les interprètes sont d'accord pour reconnaître, qu'avant les lois caducaires ce n'était qu'un simple commerce entre un homme et une femme sans aucune portée légale, un concubinage proprement dit. Cela résulte d'un texte de Cicéron (*De Oratore*, 1, 40) où le terme de *concubina* désigne la maîtresse d'un homme marié.

Un autre texte de Paul prouve bien aussi qu'avant

les lois caducaires la concubine ne se distinguait pas d'une autre maîtresse, car on employait pour la désigner le nom de *pellex*, mot qui dans sa signification propre, servait à désigner la femme entretenant des relations avec un homme marié : « Libro memorialium Massurius scribit, pellicem apud antiquos
« eam habitam, quæ cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat, quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari. Gracianus Flaccus in libro de Jure Papiriano scribit,
« pellicem nunc vulgo vocari, quæ cum eo, cui uxor sit, corpus misceat : quosdam eam, quæ uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam *παλλαμην* Græci vocant. » (L. 144, D. *De verborum signif.*, 50, 16). Gracianus Flaccus était contemporain de Cicéron, il confirme donc l'assertion de celui-ci.

Mais la difficulté s'élève, si l'on se place à l'époque d'Auguste. Suivant les uns, et c'est le plus grand nombre, les lois caducaires, qui avaient pour but d'augmenter la population décimée en sévissant contre les célibataires et les personnes sans enfants, auraient offert deux moyens d'échapper aux peines qu'elles édictaient : le mariage et le concubinat. En conséquence, elles auraient fait de cette dernière union une sorte de mariage d'un ordre inférieur, mais auquel elles conféraient les mêmes avantages qu'au mariage proprement dit; en un mot, pour employer l'expression de ces interprètes, le concubinat aurait été une *hémigamie*.

Cette opinion s'appuie principalement sur le titre *De concubinis*, au Digeste (liv. 25, tit. 7). En effet, les deux premières lois de ce titre, l'une de Paul et l'autre d'Ulpien, portent pour inscription : *Ad legem Juliam et Papiam*; il est inadmissible, dit-on, que deux grands jurisconsultes romains aient introduit dans le commentaire d'une loi une matière étrangère à cette loi.

D'ailleurs, il est certain que les Romains désignaient sous le nom générique de *Leges*, l'ensemble des dispositions des lois caducaires. C'était, en effet, le monument le plus vaste et le plus important du droit romain, après la loi des Douze Tables. Or, dans la loi 3, du titre *De concubinis*, on lit que le concubinat *per leges nomen assumpsit*. Qu'est-ce à dire? si ce n'est que les lois caducaires ont donné au concubinat une qualification légale, moyennant laquelle cette union cessait d'être un fait étranger au droit et entrait dans le domaine de la législation romaine.

On ajoute que Paul s'exprime en termes non douteux, lorsqu'il dit à la loi 4, *De concubinis* : « *Concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet*; » et dans ses sentences (2, 20) : « *Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur*. »

Du reste, pourquoi le titre *De concubinis* est-il placé dans le Digeste à la suite des titres qui s'occupent du mariage? Pourquoi s'occupe-t-il de tracer les règles du concubinat, si le concubinat n'est qu'un simple fait dépourvu d'effets juridiques? Pourquoi

enfin dans ce titre est-il dit qu'on ne peut pas prendre telle et telle concubine, qu'il faut distinguer la concubine de la femme mariée par tel moyen, que la femme affranchie concubine de son patron a tels et tels devoirs envers lui, et que le concubinat n'est pas par lui-même un délit, parce qu'il a reçu son nom des lois caducaires ?

Avant de répondre à toute cette argumentation, il est une remarque qui frappe tout d'abord l'esprit : Auguste a-t-il eu pour but, et pour seul but, d'augmenter la population romaine ? Assurément non. A la fin de la République, le mariage était de plus en plus délaissé par les Romains. Cet abandon du mariage, joint à d'autres causes, telle que la guerre civile qui durait depuis cinquante ans, avait eu pour effet de diminuer considérablement la population de Rome. Auguste, en édictant la loi *Julia de maritandis ordinibus* (757 de Rome) et la loi *Papia Poppæa* (762) qui en est le complément, désirait évidemment voir la population s'accroître, mais pour arriver à cette fin, il voulait rappeler les Romains aux mœurs de leurs ancêtres, en les encourageant à contracter des *justæ nuptiæ*. C'est lui qui dit en parlant des lois caducaires : « Legibus « novis latis, exempla majorum exsolescentia revo- « cavi, et fugientia jam ex nostra memoria, avitarum « rerum exempla imitanda edictis meis proposui. » (Monument d'*Ancyre*, II, ligne 12). Or, il serait singulier que pour cela Auguste n'ait rien trouvé de

mieux à faire que d'abaisser encore le mariage en mettant sur le même rang que les gens mariés, des personnes qui vivaient en dehors des liens honorables des *justæ nuptiæ*. C'est donc le mariage et non le concubinat qu'il veut favoriser, son désir éclate dans ses lois elles-mêmes : il intitule la loi Julia : *De maritandis ordinibus*; il renverse la barrière qui séparait les ingénus des affranchis, et, sauf quelques prohibitions qui subsistent, ces deux classes peuvent s'unir par les liens du mariage; enfin, s'il accorde des avantages aux *patres*, on verra plus tard que les textes qui s'y réfèrent parlent tous d'enfants légitimes et de *justæ nuptiæ*.

Mais alors, dira-t-on, pourquoi les lois dont nous trouvons le texte au Digeste? Comment Marcien peut-il nous dire : « *Concubinatus per leges nomen asumpsit?* » (Loi 3, § 1, *De concub.*).

L'homme et la femme peuvent avoir entre eux trois sortes de relations : ou bien c'est un mariage que la loi consacre; ou bien c'est un attentat aux mœurs, c'est-à-dire un délit puni par la loi; ou bien enfin, c'est un acte que la loi ne défend ni ne consacre, un acte qui lui est indifférent. A Rome le mariage s'appelait *justæ nuptiæ*, le délit s'appelait *stuprum* et l'acte indifférent *concubinatus*.

Les limites qui séparent ces trois faits peuvent être plus ou moins nettes suivant les législations, moins elles sont nettes et plus il est utile de les tracer. Tel a été le but des lois du titre *De concubinis*.

De nos jours, il est impossible de confondre le concubinat et le mariage, car le mariage est accompagné d'une solennité sans laquelle il ne peut exister. Il n'en était pas de même en droit romain, c'était la possession d'état seule qui distinguait les époux des concubins. Il est vrai que les interprètes modernes discutent sur la question de savoir si le mariage romain était un contrat réel, ou un contrat purement consensuel, ou enfin un contrat consensuel avec une mise de la femme à la disposition du mari; mais, quelle que soit l'opinion que l'on adopte, tout le monde admet que c'est la possession d'état qui distinguait le concubinat du mariage. (Accarias, *Précis*, t. I, p. 154; Gide, *Nouvelle Revue historique du droit*, p. 377 et suiv.; Demangeat, *Traité de droit romain*, t. I, p. 239 et suiv.; Ortolan, t. 2, n° 99; Pilette, *Lettre à M. de Rozière*.)

Voilà pourquoi Paul nous dit : « Concubinam ex « sola animi destinatione æstimari oportet » (L. 4, D. *De concubinis*); et encore : « Concubina igitur ab « uxore solo dilectu separatur. » (Sent. II, 20).

Souvent, en fait, la distinction était facile, car les Romains avaient l'habitude d'entourer les *justæ nuptiæ* de certaines pompes et de certaines cérémonies (*nuptiarum festivitas*), ou bien on rédigeait un *instrumentum dotale* pour constater les conventions matrimoniales, ce qui ne saurait exister dans le concubinat. C'est ainsi qu'on voit, dans une comédie de Plaute (*Trinummus*, acte III, sc. 2), un frère qui

ne veut pas donner sa sœur en mariage sans lui constituer une dot, de peur qu'on ne la prenne pour une concubine :

Meam vis sororem tibi dem, suades sine dote : hoc non convenit,

.....

..... Nolo ego mihi te

Tam prospicere, qui meam egestatem leves : sed ut inops

Infamisne sim, ne mihi hanc famam differant, me

Germanam meam sororem in concubinatum tibi sine dote

Dedissem magis, quam in matrimonium.

Quoi qu'il en soit en droit la limite du mariage et du concubinat c'est l'intention des parties et les textes du Digeste ont leur raison d'être, puisqu'ils tracent cette limite.

Maintenant si l'on se demande quelle était la marque distinctive du *stuprum* et du concubinat, on s'aperçoit que la différence avec notre législation actuelle était encore plus grande. Aujourd'hui des articles positifs déterminent limitativement les cas dans lesquels il y a délit. Tout ce qui n'est pas défendu par le Code pénal est permis. — A Rome il n'en était pas ainsi, du moins à l'origine, le *paterfamilias* était le magistrat suprême dans sa famille et décidait souverainement sur la question de savoir s'il y avait faute et sur le degré de gravité de cette faute. Mais la loi *Julia de adulteriis et pudicitia* rendue sous Auguste, vint décréter que les attributions des tribunaux domestiques passeraient aux tribunaux de l'Etat; cette même loi Julia déclarait

en outre que le simple commerce avec une femme non mariée serait traité comme un crime et donnerait lieu à une accusation publique. La peine était la confiscation et l'exil.

Cette législation eut été beaucoup trop sévère pour les Romains corrompus, si Auguste ne s'était empressé d'y apporter un tempérament : aussi distingua-t-il parmi les commerces qu'on peut avoir avec une femme celui qui devait être toléré, de celui qui ne devait pas l'être : le premier s'appela *concupinatus* et le second *stuprum*. Dès lors il devenait de la plus haute importance de décrire exactement ce qu'était le *stuprum* et ce qu'était le concubinat, et de dire où commençait l'un, où finissait l'autre.

C'est ce que firent les interprètes des lois d'Auguste et voilà pourquoi nous avons un titre au Digeste intitulé : des concubines. Les lois qu'il contient ont pour objet non pas de régler le concubinat et de dire à quelles conditions il produira des effets civils, mais de le mettre en dehors de la loi pénale.

« Nec adulterium (lisez : *stuprum*, L. 6, § 1, D. « *Ad leg. Jul. de adult.*, 48, 5; L. 46, § 1, D. *De verb. signif.*, 50, 16) per concubinatum ab ipso comittitur : nam quia concupinatus per leges nomen « assumpsit, extra legis poenam est. » (Loi 3, § 1, D. *De concub.*). Ainsi s'exprime Marcien, sa pensée sans aucun doute est celle-ci : le concubinat ne tombe pas sous le coup de la loi pénale, parce que

les lois caducaires lui ont donné un nom, l'ont défini, l'ont distingué du *stuprum*.

Aussi la plupart des textes qui se rapportent au concubinat sont bien plutôt des règles de droit pénal que des règles de droit civil : ils ont pour but de déterminer dans quels cas le concubinat cesse d'être permis et devient un délit.

Ulpien nous dit par exemple qu'un fils ne peut pas avoir pour concubine l'ancienne concubine de son père « quia prope nefaria est hujusmodi conjunctio « et ideo hujusmodi facinus prohibendum est. » (L. 1, § 3, *De concub.*). Ulpien nous dit encore. « Cujus-
« cumque ætatis concubinam habere posse palam
« est : nisi minor annis duodecim sit. » (L. 1, § 4, *Dig. De concub.*). Et Paul corrobore cette assertion en disant positivement que la corruption d'une *virgo nondum viri potens* est un délit puni par la loi. (L. 38, § 3, D. *De pœnis* 48, 19).

C'est encore Ulpien qui dit que l'homme qui vit en concubinat avec la fille de sa sœur commet un *stuprum* : « Etiam si concubinam quis habuerit « sororis filiam, licet libertinam, incestum comittitur. » (L. 56, D. *De ritu nuptiarum*, 23, 2).

C'est toujours en se plaçant au point de vue de la loi pénale que parle le jurisconsulte lorsqu'il dit : « Qui autem damnatam adulterii in concubinato habuit, non puto lege Julia de adulteriis teneri : « quamvis si uxorem eam duxisset, teneretur. » (L. 1, § 2, D. *De concubinis*, 25, 7).

Enfin quand Paul déclare que : « concubinam ex
« ea provincia, in qua quis aliquid administrat,
« habere potest, » (L. 5, D. *De concubinis*), c'est
comme s'il disait que le gouverneur qui prend une
concubine dans sa province, n'encourt pas les peines
auxquelles il s'exposerait, s'il prenait une épouse
légitime dans cette province.

En dehors de ces cas exceptionnels où le concubinat devenait punissable, quelle était la marque générale à laquelle on reconnaissait le *stuprum* de l'union licite ? Tout dépendait de la condition de la femme avec laquelle on entretenait des relations. A cet égard on divisait les femmes en deux classes : Les *matrones* et celles qui ne l'étaient pas. Avec les matrones on commettait un *stuprum*, avec les femmes de la seconde classe le concubinat était possible, mais le stupre ne l'était point.

Pour avoir la qualité de *matrona* ou de *materfamilias*, car les deux mots sont synonymes, il suffisait d'être née d'un citoyen romain, mais il fallait avoir gardé cette qualité par une vie sans tache ; toute faute contre les mœurs entraînait la déchéance :
« Materfamilias enim a cæteris feminis mores dis-
« cernunt atque separant : proinde nihil interest
« nupta sit, an vidua, ingenua sit, an libertina,
« namque neque nuptiæ, neque natales faciunt ma-
« tremfamilias : sed boni mores. » (L. 46, § 1, D. *De verb. signif.*, 50, 16.)

La matrone avait seule le droit de porter la tunique

blanche appelée *stola*, quant aux courtisanes elles portaient la *toga* (L. 15, § 15, D. *De injuriis*, 47, 40: *meretricia vestis, matronalis habitus*). Seule aussi la matrone pouvait sortir en litière comme les magistrats et les sénateurs et chacun lui cédait le pas. Mais tout cela, nous le répétons, à une condition, c'était de garder une vie honorable et pure, malheur à celle qui souillait le foyer domestique, elle encourait les peines sévères de la loi Julia. La chasteté des matrones était une chose sacrée pour les Romains (Cicéron, *Cœlius*, 13; Tacite, *Ann.*, III, 69).

Gardez-vous des matrones, disait Horace, leur conquête est trop périlleuse. « Tutior et quanto
« merx est in classe secunda. » (*Satir.*, I, 2, v. 94, et suiv.). Vis-à-vis de cette seconde classe de femmes tout était permis, pas de stupre possible, pas de peines à encourir; elles n'étaient pas jugées dignes de l'attention du législateur: « Vilitas vitæ dignas
« legum observatione, non credidit. » (L. 29, C. *Ad leg. Jul. de adult.*, 9, 9).

Dans cette classe on peut ranger les esclaves, les matrones qui avaient perdu leur dignité par suite d'une faute et toutes les femmes qui se produisaient en public, telles que la femme qui tient une auberge, une boutique ou une taverne, la comédienne, la courtisane, la fille publique et l'entremetteuse.

C'est avec ce genre de femmes que le commerce continu constituait un concubinat: « Cum Atilicino

« sentio et puto, solas eas in concubinato habere
« posse sine metu criminis, in quas stuprum non
« committitur. » (L. 1, § 1, Dig. *De concub.*, 23, 7).

Cependant le flot de la corruption allait toujours croissant, les lois d'Auguste furent impuissantes à le contenir, des pénalités nouvelles furent édictées, mais rien n'empêcha Rome d'être envahie par le vice. La vertu que leur imposait leur dignité pesait aux matrones, elles abdiquèrent leur dignité pour vivre au gré de leurs passions ; il y eut jusqu'à des filles de sénateurs qui se firent inscrire comme prostituées sur le registre des édiles ou qui se firent entremetteuses pour échapper aux peines qu'elles auraient pu subir en qualité de matrones ! « *Feminæ
« famosæ, ut ad evitandas legum pœnas jure ac di-
« gnitate matronali exsolverentur, lenocinium profi-
« teri cœperant.* » (Suétone, *Tibère*, 33).

Les matrones se chargeaient donc elles-mêmes de renverser le rempart qu'Auguste avait établi entre elles et les femmes de la seconde classe, c'est-à-dire celles que les Romains prenaient ordinairement pour concubines. Dès lors il est facile de comprendre que le concubinat devait à un certain moment devenir possible avec une matrone. C'est ce que rapporte Marcien dans ces termes : « *In concubinato potest
« esse et aliena liberta et ingenua et maxime ea quæ
« obscuro loco nata est, vel quæstum corpore fecit :
« Alioquin si honestæ vitæ et ingenuam mulierem
« in concubinatum habere maluerit, sine testatione*

« hoc manifestum faciente non conceditur ; sed ne-
« cesse est ei, vel uxorem eam habere, vel hoc recu-
« santem stuprum cum ea committere. » (L. 3, *prin-*
cip., D. *De concub.*, 23, 7).

Quelle était cette *testatio*, nécessaire pour qu'il y ait concubinat ? Les uns pensent qu'il fallait une déclaration faite au magistrat, les autres qu'il suffisait d'exprimer son intention par devant témoins, mais peu importe ! il est certain qu'une manifestation de la volonté de l'homme était nécessaire, sous peine d'être considéré comme marié, ou coupable de *stuprum*. Ceci nous explique comment le mariage ne se distinguait plus du concubinat que : « sola animi « destinatione. » (L. 4, D. *De concub.*).

On voit que tous les textes du titre *De concubinis* trouvent leur explication en dehors de celle qui consiste à dire, qu'ils ont pour but de régler le concubinat en tant qu'union légale, produisant des effets civils. Il faut maintenant démontrer qu'en réalité ces effets civils n'existent pas, du moins entre concubins, car la question de savoir s'ils existent entre le père et ses enfants trouvera naturellement sa place dans le chapitre II, à propos des enfants naturels.

Mais on peut remarquer dès maintenant, qu'il serait singulièrement étrange qu'un titre du Digeste spécial à la matière du concubinat, ne se soit pas expliqué sur un seul de ses effets, si la jurisprudence en admettait réellement.

Des auteurs ont cependant prétendu que la loi 4

de Paul suffisait à elle seule, car si l'intention des parties distingue uniquement le concubinat du mariage, c'est que les effets sont identiquement les mêmes. Mais l'embarras dans lequel ils se trouvent dès qu'ils essaient d'appliquer au concubinat les règles des *justæ nuptiæ*, démontre l'erreur de ces interprètes. Ainsi M. Pilette dans sa lettre à M. de Rozière se demande si le consentement du *paterfamilias* est nécessaire au fils pour contracter un concubinat. Oui, dit-il, on ne peut pas donner ici la même raison que quand il s'agit d'un mariage, puisque les petits enfants ne tomberont pas sous la puissance de leur aïeul, mais les Romains se faisaient une idée si haute de la puissance paternelle, que le père de famille devait pouvoir faire cesser le concubinat et par conséquent pouvoir l'empêcher de se former. Puis M. Pilette estime que le consentement des ascendants intermédiaires n'était pas exigé.

Toutes ces conjectures et on pourrait en citer bien d'autres semblables relatives aux empêchements, à la réserve des enfants, à la légitime, etc., ne sont pas satisfaisantes, il faut l'avouer. De deux choses l'une, ou l'on fait du concubinat un second mariage et alors il faut appliquer les yeux fermés toutes les règles des *justiæ nuptiæ*, ou bien le concubinat n'était qu'un simple fait dont la loi ne s'occupait pas et alors aucun effet juridique ne lui est applicable.

Or cette seconde proposition n'est pas douteuse en présence des textes :

Ainsi, il est certain qu'il n'y a pas de dot dans le concubinat, et là-dessus tout le monde est d'accord : « Neque enim dos sine matrimonio esse potest, ubi-
« cumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos
« est. » L. 3, D. *De jure dotium*, 23, 3).

Jamais la concubine n'eut droit à la succession *ab intestat* de son concubin, même lorsque le préteur créa la *bonorum possessio unde vir et uxor* : « Ut bonorum possessio peti potest, unde vir et uxor,
« justum esse matrimonium oportet. » (L. 1, D. *Unde vir et uxor*, 38, 11).

Les libéralités sont prohibées entre époux, on redoute les entraînements de la passion et l'on veut éviter qu'un époux rançonne l'autre en le menaçant de divorce. Entre concubins les libéralités sont permises : « Donationes in concubinam collatas non
« posse revocari convenit. » (L. 31, princ., *De donationibus*, 39, 5). Et cependant l'influence d'une concubine est bien plus redoutable que celle d'une femme légitime !

Pas de divorce dans le concubinat !

Pas non plus d'action *rerum amotarum* telle qu'elle s'intente lorsqu'un époux a volé son conjoint, c'est l'action *furti* qu'on intente contre la concubine : « Si concubina res amoverit, hoc jure uti-
« mur, ut furti teneatur. » (L. 17, pr. D. *De act. rerum amot.*, 25, 2).

Enfin les concubines sont-elles passibles des peines de l'adultère ? Cujas partant de ce principe que

la concubine imite la femme mariée, affirme qu'elle tombe sous le coup de la loi *Julia de adulteriis*. (Cujas tit. LVI, liv. 6 au G.). Connan est d'un avis absolument contraire, il invoque la loi 3, § 1, du titre *De concubinis*. Mais on reconnaît généralement que le mot *adulterium* qui s'y trouve, doit être pris dans le sens de *stuprum* et que ce texte n'a pas trait à la question de l'adultère. Enfin Voët et Voorda soutiennent qu'il y a des concubines qui peuvent être condamnées pour adultère, mais elles font exception, ce sont les *matresfamilias*.

Cette dernière opinion, qui paraît préférable, s'appuie sur un texte d'Ulpien que voici : « Si uxor
« non fuerit in adulterio, concubina tamen fuit, jure
« quidem mariti accusare eam non poterit, quæ
« uxor non fuit, jure tamen extranei accusationem
« instituere non prohibebitur; si modo ea sit, quæ in
« concubinato se dando matronæ nomen non ami-
« sit. » (L. 13 princ., *Ad legem Juliam de adult.*, D. 48, 5). Il résulte de cette loi qu'en général l'infidélité de la concubine restait impunie, puisque les Romains avaient l'habitude de prendre leurs concubines dans les classes inférieures : « Et maxime ea quæ obs-
« curo loco nata est vel quæstum corpore fecit. » La concubine infidèle n'était passible de la loi pénale qu'en tant qu'elle était *matrona* et encore le concubin ne pouvait-il pas porter d'accusation contre elle *jure mariti*, mais seulement *jure extranei*, c'est-à-dire comme tout autre étranger. Ce n'est donc pas

la qualité de concubine qui rendait la femme punissable, mais bien plutôt la qualité de *matrone*. En effet il eut été bizarre qu'en devenant concubine la matrone cessât d'être astreinte à la vertu que lui imposait sa dignité.

Il y avait bien une exception relative à l'affranchie concubine de son patron. Les textes nous rapportent en effet que ce concubinat, très fréquent dans les mœurs romaines, était soumis à des règles particulières. Ainsi l'affranchie qui vivait en concubinat avec son patron lui devait la même fidélité que s'il l'avait épousée : sa faute était punie par les peines de l'adultère. (L. 13, *princ.*, D. *Ad legem Juliam de adult.*, 48, 5). Ainsi encore elle ne pouvait pas abandonner son concubin pour épouser un autre homme ; c'est la solution qui a dû finir par prévaloir après une controverse dont Ulpien nous rapporte l'existence : « Quæ in concubinatu est, ab invito patrono poterit
« discedere, et alteri se aut in matrimonium, aut
« in concubinatum dare. Ego quidem probo in con-
« cubina adimendum ei connubium, si patronum
« invitum deserat. » (L. 1, *princ.*, D. *De concubinis*, 25, 7). Mais ces règles particulières à la concubine de son ancien maître s'expliquent par cette raison que l'esclave, qui avait reçu d'un homme le bienfait de la liberté, devait être tenue envers lui d'une certaine reconnaissance et de certains ménagements. Loin d'infirmier la règle générale, elles prouvent invinciblement que toute autre concu-

bine ne pouvait encourir les peines de l'adultère !

Ainsi donc le concubinat n'entraîne aucune suite légale entre les concubins. Comment pourrait-on soutenir que la loi romaine en faisait une espèce de mariage ? Cela est si peu vrai que rien ne s'opposait à ce qu'on ait à la fois deux concubines (Pline, *Epist.* III, 14). Justinien lui-même ne l'interdit point, il se contenta de refuser dans ce cas des droits aux enfants naturels (Nov. 18, ch. 5 ; Nov. 89, ch. 12, §§ 4 et 5).

De même si Paul déclare dans ses *Sentences* (L. 20, 2) qu'on ne peut pas avoir à la fois une *uxor* et une concubine, cela s'explique par cette raison bien simple, que l'homme marié qui entretient une concubine commet un adultère, mais il n'en résulte pas que le concubinat soit une union légale incompatible avec le mariage. En effet la loi 3 au C. (7, 15) défend aux hommes mariés tout commerce avec des concubines, des affranchies ou des esclaves, prétendra-t-on que les relations avec une esclave constituent une union légale dont l'existence est impossible pendant le mariage ? Il en est de même du concubinat, puisque la loi 3 met les concubines sur le même rang que les esclaves.

Le concubinat a dû être à Rome un fait déshonorant pour les femmes : il n'y avait guère en effet que des affranchies, des prostituées et des comédiennes qui devinssent concubines, et la société romaine n'a jamais dû comparer cette classe de femmes à celle

que Tacite appelait des *sanctissimæ conjugēs*.

Quant aux hommes le concubinat n'était nullement un déshonneur. Suétone et Capitolinus rapportent, que des empereurs, tels que Vespasien et Marc-Aurèle, prirent eux-mêmes des concubines, pour éviter de donner une marâtre à leurs enfants. Lampride dans la vie d'Alexandre Sévère (42) parle d'une constitution où l'empereur ordonnait que chaque gouverneur, en partant pour sa province, reçût aux frais du trésor : « un cocher, un cuisinier, des chevaux et une concubine, choses sans lesquelles on ne peut pas vivre. » Enfin beaucoup d'inscriptions tumulaires dans lesquelles on voit figurer le nom d'une concubine à côté de celui de la femme légitime, témoignent assez que les Romains ne cherchaient pas à cacher un fait, dont on rougirait aujourd'hui (Orelli, n^{os} 2673, 2689, 2691, 4093).

A quoi cela tenait-il? Il est difficile de le dire; cependant M. Gide, dans son travail déjà cité sur le concubinat, en donne cette raison que dans la société antique il n'y avait pas de salons, les femmes n'exerçaient pas sur l'opinion l'influence qu'elles exercent de nos jours, elles n'y apportaient donc pas cet esprit de moralité mondaine qui fait qu'on ne tolère pas le scandale.

Quoi qu'il en soit, les philosophes stoïciens et les pères de l'Église ne cessèrent de flétrir le concubinat et de le considérer comme une souillure, même pour le concubin. (Denis, *Des idées morales dans l'anti-*

quité, t. 2, p. 134; Saint-Augustin, Serm. 289, Append.; Saint-Ambroise, Serm. *De Sancto Johanne*).

En résumé, le *concubinatus* était un simple fait dépourvu de tout effet juridique entre les concubins, il échappait à la loi pénale et déshonorait la femme sans déshonorer l'homme.

CHAPITRE II.

CONDITION DES ENFANTS NÉS DU CONCUBINAT VIS-A-VIS DU CONCUBIN.

A Rome, que les enfants fussent légitimes ou naturels, leur condition était identiquement la même vis-à-vis de leur mère. En effet, sauf le cas de la *conventio in manum*, le lien de la *cognatio* seul unissait l'enfant à sa mère; or, la cognation, ou la parenté du sang, ne pouvait être différente selon que l'enfant naissait de relations libres ou du mariage. Le fait de la naissance, qui établit la cognation, est nécessairement toujours le même.

Ainsi donc, s'agit-il de l'obligation alimentaire? Ulpien nous dit qu'elle existe entre la mère et ses enfants *vulgo quæsitæ* (L. 5, § 4, D., *De agnosç. et alendis liberis*, 25, 3).

S'agit-il de la *bonorum possessio unde cognati*? Gaius nous dit que le préteur l'accorde aux enfants naturels dans la succession de leur mère, à la mère dans la succession de ses enfants, et même aux frères entre eux (L. 2, D. *Unde cognati*, 38, 8).

Enfin, quand plus tard les sénatusconsultes Tertullien et Orphitien appelèrent la mère et ses enfants à se succéder réciproquement, leurs dispositions s'appliquèrent à toutes les classes d'enfants sans distinction (Inst. III, 3, 7 et 4, 3).

Quant à la paternité naturelle au contraire, le système de la jurisprudence romaine était exactement l'inverse, et l'on peut dire que les Romains ne la connaissaient pas. Cela ne signifie point que pour les enfants nés hors du mariage, la paternité fût nécessairement inconnue, car elle pouvait être l'objet d'une certitude, non pas par application de la règle *pater is est quem nuptiæ demonstrant* au concubinat, puisque ce fait restait indifférent aux yeux de la loi, mais par suite d'une recherche qui ne fut jamais interdite, ou d'une possession d'état que le père avait donnée à son enfant.

Des textes nombreux supposent d'ailleurs que la paternité doit être établie en justice. Ainsi dans plusieurs cas le maître ne pouvait affranchir son esclave que pour certaines causes déterminées, et Gaius nous dit que dans ces cas l'esclave pouvait être affranchi, si le maître prouvait qu'il était son fils naturel ou son frère naturel (Gaius I, 19; L. II, D. *De manum. vindicta*, 40, 2). Il faut encore que la paternité soit connue dans le cas où un père demande à *vindicare in libertatem* son fils naturel qui se trouve en esclavage (LL. 1 à 3, D. *De liberali causa*, 40, 12). Enfin Paul suppose aussi la possibilité d'une contestation judiciaire, lorsqu'en parlant des empêchements au mariage, il dit : « Nec vulgo
« quæsitam filiam pater naturalis potest uxorem
« ducere quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est; » et même dans

le doute le mariage est interdit (L. 14 pr. 2, D. *De ritu nuptiarum*, 23, 2).

Donc la paternité naturelle pouvait être constatée, cela est certain, mais une fois constatée elle ne produisait aucune effet juridique, devant la loi elle n'était rien, et c'est dans ce sens que l'on peut dire qu'elle était inconnue aux Romains.

Si parfois la jurisprudence s'en occupait, ce n'est pas qu'elle la considérât comme une institution légale tenant sa place dans le droit, mais parce que les questions, dans lesquelles elle en tenait compte, devaient se résoudre par des considérations de convenance ou d'humanité, en un mot il y avait là une raison de fait et non une raison de droit.

Ainsi le frère naturel, on vient de le voir, ne pouvait pas épouser sa fille « quoniam in contrahendis matrimonio naturalis jus et pudor inspiciendus est. »

C'est pour le même motif que la parenté servile était elle-même un empêchement au mariage. « Dicendum est ut pater filiam non possit ducere, si ex servitute nati missi sint. » (L. 14, § 2, D. *De ritu nupt.*, D. 23, 2), et cependant la *cognatio servilis* ne produisait aucun effet légal, tout le monde l'admet.

C'est par une raison d'humanité que lorsqu'une famille d'esclaves faisait l'objet d'un legs ou d'un partage, les tribunaux devaient veiller à ce que les enfants ne fussent pas séparés de leurs père et mère (LL. 34, 39, D. *De ædil. edict.*, 21, 1; L. 71, § 3, D. *De legatis*, 30).

Mais en dehors de ces cas exceptionnels, le père et l'enfant naturels restaient complètement étrangers l'un à l'autre, d'une part le père ne pouvait prétendre à aucun des avantages attachés à la paternité, d'autre part l'enfant n'avait ni droits, ni devoirs, ni incapacités vis-à-vis de son père.

Cette législation, qui de nos jours paraît étrange et barbare, trouve cependant une explication toute naturelle dans la conception que les Romains s'étaient faite de la famille.

Aujourd'hui la famille et tous les droits qui en découlent, reposent sur la parenté naturelle, sur le lien du sang. Or à ce point de vue il est évident que l'enfant naturel touche d'aussi près à ses parents que l'enfant légitime : donc il a des droits comme lui et la raison voudrait même que ces droits fussent égaux pour l'un comme pour l'autre, si la société dans un intérêt facile à comprendre, ne devait favoriser le mariage et par contre-coup les enfants qui lui doivent le jour.

Toute autre était la famille romaine, du moins à l'origine. Ce n'était pas sur la cognation que reposait sa base, (la cognation n'apparaît qu'avec le droit prétorien) mais sur *l'agnation*, c'est-à-dire un lien artificiel et civil, qui réunissait dans une même famille tous ceux qui étaient sous la même puissance, ou qui y auraient été si le *paterfamilias* commun avait encore vécu.

Toute-puissance du *paterfamilias* ! Voilà le mot

qui résume la famille romaine : le père y exerce tous les pouvoirs, il est à la fois prêtre et magistrat.

Prêtre, c'est lui qui préside aux cérémonies du culte des Dieux Lares, c'est-à-dire des morts : lui seul connaît le rituel, lui seul peut dans la famille entretenir le culte sacré, les *sacra privata* (Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, p. 31 et suiv.), de là lui vient sa toute-puissance : il représente les ancêtres.

Chef ou magistrat, son autorité s'étend sur tous ceux qui sont réunis au même foyer, adorent les mêmes Dieux et prient devant le même autel. Toute la *familia* lui appartient, biens, esclaves ou enfants ; le *pater* est le maître absolu, il a le droit de vie et de mort sur ses enfants : « Pater autem familias appellatur qui in domo dominium habet. » (L. 195, § 2, *De verb. signif.*, 50, 16).

Est *paterfamilias* celui qui est *sui juris*, c'est à lui qu'il appartient de composer sa famille, il choisit pour successeur qui bon lui semble.

S'il ne veut pas se marier, il adopte un étranger et il en fait un *suus*, qui exercera plus tard dans la *familia* le sacerdoce et la magistrature.

Veut-il se marier, selon l'expression Romaine : *liberorum quærendorum causa* ? (Ulpien, Reg. III, 3) les enfants qui naîtront de sa femme ne deviendront *sui*, n'entreront dans la famille, que s'il y consent. On rapporte qu'à l'origine, c'était une coutume de présenter au père le nouveau-né ; si le père le pre-

naît dans ses bras, l'enfant était admis dans la famille, sinon l'enfant était exposé (*suscipere, tollere liberos*). Cette coutume barbare disparut avec le temps, mais il est certain que l'élément principal dans la formation de la famille agnatique, resta toujours la volonté des *paterfamilias*, témoin la nécessité pour l'enfant qui se marie, d'obtenir le consentement de celui sous la puissance duquel il se trouve : « *ne ei invito suus heres adgnascatur !* » (Inst. L. I, tit. II, § 7), témoin encore, ce texte du titre *De his qui sui vel alieni juris sunt*, qui supposant le père fou au moment de la conception, décide que l'enfant n'en passera pas moins sous sa puissance « *quasi voluntatis relinquitis in furiosis mentibus.* » (L. 8, D. 1, 6).

Quoi qu'il en soit le droit classique ne permit plus au père de répudier selon son caprice l'enfant qui naissait de sa femme, la justice fut appelée à se prononcer sur les questions de légitimité, il y eut un *præjudicium de partu agnoscendo*. Mais à aucune époque du droit romain, la règle : « *pater is est...* » ne fut érigée en présomption légale comme dans notre Code, c'était une simple présomption de fait, que le mari pouvait faire tomber par tous les moyens possibles : « Si constet maritum aliquandiu cum
« *uxore non concubuisse infirmitate interveniente*
« *vel alia causa: vel si ea valetudine paterfamilias*
« *fuit, ut generare non possit....* » (Loi 6, D. *De his qui sui...* 1, 6).

Les causes du désaveu n'étaient donc pas limitées et la règle n'avait pas pour objet de proclamer la paternité du mari qu'il y consente ou non, elle avait pour unique but de refuser à tout autre qu'à l'homme marié le titre de père : en un mot la loi romaine déclare qu'il n'y a de paternité certaine que dans les justes noces. Du reste il suffit de lire le texte pour s'en convaincre, l'antithèse est frappante : « Mater « semper certa est etiamsi vulgo conceperit, pater « vero is est quem nuptiæ demonstrant. » (L. 5, D. *De in jus vocando*, 2, 4).

Cette intervention du juge dans les questions de filiation n'infirme pas encore l'idée que la volonté du père de famille est souveraine dans la formation de la famille, car on peut dire après tout qu'il s'est marié pour avoir des enfants sous sa puissance. Au reste, à d'autres points de vue, il est libre d'adopter qui bon lui semble, et celui qu'il aura choisi, peut devenir à son gré l'héritier de sa fortune, le continuateur de sa personne et de son culte.

C'est à cette famille, ainsi fondée sur la communauté religieuse et sur l'omnipotence du père, qu'appartenaient tous les droits : la cognation était destituée de tout effet dans les temps primitifs de Rome, la loi des XII Tables n'appelait à la succession d'une personne que les *sui*, les *adgnati* et les *gentiles*.

Il est maintenant facile de comprendre, pourquoi l'enfant naturel restait un étranger pour son père. N'avaient de droits, n'entraient dans la famille, que

ceux que le père avait voulu y faire entrer, c'est-à-dire les enfants de sa femme, s'il avait contracté de *justes noces*; ceux qu'il avait adoptés, quand il ne s'était pas marié. Pour ceux qu'il avait eu d'une concubine, ils lui étaient étrangers, parce que leur père n'était pas entré en concubinat « *liberorum quærendorum causa* », parce que leur père l'avait voulu.

§ I^{er}.

Le concubin ne jouit pas des avantages attachés à la paternité par le droit positif.

Parmi ceux qui pensent que les lois caducaires ont fait du *concubinatus* une union légale, les uns attribuent au père naturel tous les avantages créés par ces lois au profit des *patres*; les autres, n'osant point aller jusque-là, lui refusent ces privilèges, et tout au plus lui accordent-ils le plus insignifiant d'entre eux. — Les premiers sont logiques et les seconds ne le sont pas.

En effet, s'il est vrai qu'Auguste en promulguant les lois caducaires avait pour unique pensée d'encourager la procréation, qu'elle vînt du mariage légitime ou du concubinat, le seul moyen d'atteindre son but était assurément de reconnaître au père naturel, les mêmes avantages qu'au père légitime. Dès lors pourquoi lui refuser ces avantages? De deux choses l'une : ou les lois d'Auguste ont réglé le concubinat, ou elles ne l'ont pas réglé; si oui, le

premier effet qu'il doit produire, c'est de donner au concubin le *jus patrum* ; si non, il est destitué de de tout effet.

La loi *Julia de maritandis ordinibus*, présentée à une époque peu précise, fut d'abord repoussée, puis modifiée et adoucie elle fut votée vers l'an 757 de Rome ; 5 ans plus tard en 762 la loi *Papia Poppæa* vint compléter la loi *Julia*.

Les dispositions de ces deux lois, qu'on désignait sous le nom de *Leges*, et que nous appelons lois caducaires, peuvent se résumer en deux mots : elles frappaient de certaines déchéances les individus non mariés (*cœlibes*) et ceux qui bien que mariés n'avaient pas d'enfants (*orbi*). Elles favorisaient au contraire les *patres* en leur conférant certains avantages.

Les principaux de ces avantages étaient le *jus liberorum*, le *jus capiendi ex testamento* et enfin le *jus caduca vindicandi*.

Le *jus liberorum* conférait à celui des deux consuls qui avaient le plus d'enfants, le droit de se faire porter devant lui les faisceaux, signe d'honneur qui appartenait alternativement aux consuls (Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, 2, 15). Il comportait l'exemption de certaines charges à l'exception de celles qui pesaient sur le patrimoine, ou qui étaient attachées aux honneurs dont la personne privilégiée était revêtue : ainsi le Romain qui avait trois enfants, l'originaire d'Italie qui en avait quatre, le provincial

qui en avait cinq étaient exempts de la tutelle, considérée comme charge publique (Inst. I, 25; Frag. Vat. §§ 191-193).

En vertu du *jus liberorum*, l'affranchi qui avait deux enfants échappait à l'*obligatio operarum* (L. 37, princ., D. De oper. liber..., 38, 1) et celui qui en avait trois, pouvait disposer librement de son patrimoine par testament, sans être obligé s'il avait plus de 100,000 sesterces, de laisser à son patron une part virile. (Gaius, III, § 42).

Quant au *jus capiendi ex testamento*, il permettait à ceux qui en étaient investis de recueillir les dispositions testamentaires, dont ils avaient été gratifiés. Il appartenait à tout homme marié ayant des enfants, quel que fut le nombre de ceux-ci.

Enfin le *jus caduca vindicandi* donnait aux *pateres* le droit de recueillir dans les successions les parts caduques, c'est-à-dire les parts qui échappaient aux *cœlibes* et aux *orbi*. Pour avoir droit à ce privilège, le plus considérable des lois caducaires, l'existence d'un seul enfant suffisait.

Ce sont ces diverses faveurs, qui, d'après M. Pilette, le plus hardi et le plus logique des partisans de l'opinion contraire, auraient été attribuées à la paternité des enfants issus du concubinat.

A. — *Jus liberorum*.

Voici l'argumentation de M. Pilette :

Elle s'appuie principalement sur le § 194 des

Fragments du Vatican, conçu dans ces termes :

« *Justi autem an injusti sint filii non requiruntur :*
« *multo minus in potestate necne sint, cum etiam*
« *judicandi onere injustos filios relevare Papinianus,*
« *lib. V Quæstionum scribat. »*

Donc pour l'excuse de tutelle, dont il est question dans ce paragraphe, les enfants *injusti* comme les *justi* comptent sans distinction. Or qu'est-ce que les enfants *justi*, sinon les enfants nés des justes noces ? et qu'est-ce que les enfants *injusti*, sinon les enfants issus du concubinat ? On voit donc que les uns comme les autres procurent à leur père la principale prérogative du *jus liberorum*, l'exemption de la tutelle.

Il est vrai que le § 168 de ces mêmes *Fragmenta Vaticana*, paraît au premier abord dire le contraire, mais il n'a pas le sens qu'on lui prête et loin de contredire le § 194, il le confirme et le corrobore.

« *Quidam tamen justos secundum has leges pu-*
« *tant dici. — Divi quoque Marcus et Lucius Apronio*
« *Saturnino ita rescripserunt : Si instrumentis pro-*
« *bas habere te justos tres liberos, excusationem*
« *tuam Manilius Carbo prætor vir clarissimus acci-*
« *piet. Sed justorum mentio ita accipienda est, uti*
« *secundum jus civile quæsi sint. »*

Voici le sens de ce texte d'après M. Pilette :

Quelques jurisconsultes avaient pensé que l'expression *justos* comprenait les enfants nés selon les

lois caducaires (c'est-à-dire les enfants nés du concubinat, puisque les lois caducaires reconnaissent le concubinat comme institution légale). Marc-Aurèle dans un rescrit semblait favoriser ce sens donné au mot *justi*, parce qu'il disait : trois enfants *justi* exonèrent de la tutelle ; or les enfants nés du concubinat comptent pour cette excuse, c'est notoire, c'est certain, donc on pouvait croire que la qualification de *justi* s'appliquait à eux. Mais le jurisconsulte des *Fragments Vaticana* corrige l'expression fautive employée par l'empereur : *justi* ne doit s'entendre que des enfants issus des justes noces, on doit donc dans cette constitution interpréter le mot *justi* comme s'il y avait *secundum jus civile quæsit* c'est-à-dire comme s'il s'agissait à la fois des enfants nés des justes noces et des enfants nés du concubinat. En effet les lois Julia et Papia forment une partie du droit civil.

Il en résulte qu'en tenant compte de la remarque faite par l'auteur des *Fragments du Vatican*, dans le § 468 comme dans le § 494 le mot *justi* désigne les enfants nés du mariage, et le mot *injusti* les enfants nés du concubinat et que les uns comme les autres comptent à leur père pour l'exonération de la tutelle.

C'est du reste l'avis de Modestin puisqu'il dit : « Legitimos esse oportet omnes, etiamsi non sint in potestate. » (L. 2. § 3, D. *De excusationibus*, 27, 1). Quels sont ces enfants, dont parle Modestin, qui

sans être en puissance sont cependant qualifiés de légitimes ? ce sont les enfants nés du concubinat, ils sont *legitimi* parce qu'ils sont *quæsitæ secundum leges Julia et Papia Poppæa*.

Tels sont les principaux textes invoqués par l'auteur de la lettre à M. de Rozière. L'explication qu'il en donne, quoique très habile, laisse bien des places à la critique.

Et d'abord sur quoi s'appuie M. Pilette pour affirmer que les *injusti filii* du § 194 sont les enfants nés du concubinat ? On ne le voit pas, c'est donc une simple affirmation, une pure conjecture, qui du reste est démentie par le § 168.

Qu'on lise en effet ce dernier paragraphe et l'on verra que le sens qui s'impose à première vue n'est pas celui qu'on lui prête ; il signifie ceci : Les uns pensent que pour l'excuse de la tutelle, il faut entendre par *justi*, les enfants *justi* selon les lois caducaires et l'empereur Marc-Aurèle en employant dans un rescrit le mot *justos* sans épithète a pu laisser des doutes sur cette question ; mais l'expression *justi* ne doit s'entendre que des enfants *secundum jus civile quæsitæ*, c'est-à-dire des enfants nés suivant le droit civil et non pas suivant les lois caducaires.

Est-ce que cette explication n'est pas moins recherchée, moins étriquée que celle qu'on lui oppose ? Elle a au moins ce mérite de traduire l'antithèse qui éclate dans le texte entre ces mots *justos secundum has leges* et ces autres mots *quæsitæ secundum jus*

civile. Car, qu'on le remarque bien, dans la traduction de M. Pilette cette antithèse n'est pas reproduite, les enfants nés *secundum has leges* et les enfants nés *secundum jus civile* sont les mêmes. Ces expressions comprennent toutes deux et les enfants issus des justes noces et les enfants issus du concubinat !

Il est vrai qu'il cherche à établir une nuance entre le mot *justi* et le mot *quæsiti*, prétendant que *justi secundum jus civile* ne pourrait s'entendre que de ceux qui sont nés en légitime mariage, tandis que *quæsiti secundum jus civile* embrasse tous les enfants nés dans les conditions du droit civil, c'est-à-dire même du concubinat; mais c'est en vain, car cela saute aux yeux, l'auteur des *Fragments* n'a employé *quæsiti* que par pure élégance de langage, il avait répété trois fois dans sa phrase l'expression *justi*, il n'a pas voulu la répéter une quatrième, il y a donc synonymie parfaite.

D'ailleurs comment admettre que le *jus civile* comprend ici les lois caducaires ? Est-il possible que la jurisprudence romaine, qui s'est formée lentement et pour ainsi dire par alluvion, ait qualifié de *jus civile* les lois caducaires, que partout les juriconsultes appellent *leges novæ* ou simplement *leges* ? Loin de là ! un texte d'Ulpien oppose justement les lois caducaires au *jus civile* ; ce texte parle des *caduca* et dit : « Quod quis sibi testamento relictum, « ita ut jure civili capere possit, aliqua ex causa non « ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab

« eo : verbi gratia, si cœlibi vel Latino Juniano legatum fuerit, nec intra dies centum vel cœlebs legi paruerit, vel Latinus jus Quiritium consecutus sit. » (*Regulæ*, 17, § 1).

Donc, c'est un point hors de doute, la dernière phrase du § 168 : « Sed justorum mentio ita accipienda est, uti secundum jus civile quæsitum sint » ne vise pas les enfants nés du concubinat, mais les enfants issus de justes noces.

Il en est de même de la première phrase de ce paragraphe : « Quidam tamen justos secundum has leges putant dici. » Dans la doctrine adverse on traduit : quelques-uns pensent que l'expression *justos* s'entend des enfants nés selon les lois caducaires. Ce sens n'est pas conforme aux règles de la grammaire, où trouve-t-on ces mots : *enfants nés secundum has leges* ? Le texte dit : « Justos secundum has leges » et *justos* régit évidemment *secundum has leges*. Dès lors il s'agit d'enfants nés du mariage et la seule traduction possible est celle-ci : quelques-uns pensent que le mot *justi* doit s'entendre des enfants issus d'un mariage conforme aux lois caducaires.

S'il s'agissait ici des enfants d'un concubin, comment M. Pilette pourrait-il prétendre que ceux-là même, que des jurisconsultes et des empereurs ont confondus dans l'expression *justi*, sont les *injusti* du § 194 ? Ces mots sont trop diamétralement opposés, pour qu'une semblable confusion ait été possible.

Enfin veut-on une preuve de plus que les *justos secundum has leges* sont bien des enfants nés *ex justis nuptiis*? On la trouve dans un fragment de Paul qui emploie précisément ces expressions « *quæsiti secundum legem Juliam Papiamque* » pour désigner des enfants nés sans contestation dans le mariage, puisqu'ils sont *heredes sui* : « *Sui heredes sunt hi : primo loco filius, filia in potestate patris constituti ; nec interest adoptivi sint an naturales, et secundum legem Juliam Papiamque quæsiti.* » (*Mos. et Romanarum legum collatio*, 16, 3, § 4).

La conclusion se tire d'elle-même : si le § 168 dit que pour être exempté de la tutelle, il faut avoir trois enfants nés *ex justis nuptiis*, le § 194 ne peut pas vouloir dire que les enfants nés du concubinat comptent pour cette exemption. Il faut donc chercher un autre sens au § 194.

M. Gide soutient dans son mémoire sur la condition des enfants naturels, que les *injusti liberi* sont ceux qui doivent le jour à un mariage prohibé par les lois caducaires, mais valable d'après l'ancien droit civil. Cette opinion présente un inconvénient, que M. Pilette s'empresse de relever : elle aboutit à dire que les *injusti* sont des enfants nés de justes noces.

Pour éviter ce résultat choquant, il est préférable d'admettre avec M. Bonnier (sur Ortolan, t. I, App. II) qu'il s'agit ici des enfants nés du mariage du

droit des gens, que les Romains appelaient *matrimonium sine connubio*, ou *non legitimum*.

Ce sentiment n'est pas une simple hypothèse, il s'appuie sur des raisons sérieuses. On sait que le mariage de pur droit civil n'était possible qu'entre citoyens romains, ceux auxquels le *connubium* était refusé, contractaient un mariage du droit des gens. Ceci s'appliquait aux Pérégrins entre eux, aux Latins entre eux et enfin aux citoyens romains avec les Latins et les Pérégrins. Cette union était bien un véritable mariage, il y avait une dot (Cicéron, *Topiques*, n° 4) et Ulpien nous dit que la femme infidèle encourait les peines de l'adultère. Enfin, chose remarquable au point de vue qui nous occupe, la femme était qualifiée d'*uxor injusta* : « Plane sive uxor « justa fuit, sive injusta : accusationem instituere « vir poterit. » (L. 13, § 1, D. *Ad legem Juliam de adult.*, 48, 5). Ce mot n'est-il pas en harmonie parfaite avec les *injusti liberi*, du § 194? *uxor injusta, injusti liberi* tout cela cadre à merveille ! Dans le même texte précisément Ulpien vient de dire que la concubine adultère ne tombe qu'exceptionnellement sous le coup de la loi pénale, et par antithèse il déclare que cette loi frappe l'*uxor injusta*. Peut-on prétendre encore que les *injusti liberi* sont les enfants de la concubine ?

En tous cas, s'il y avait encore un doute possible, il devrait disparaître devant la place occupée par le fragment 194 : au § 193 le jurisconsulte reconnaît

au Latin-Junien le droit d'exciper du nombre de ses enfants quant à l'excuse de la tutelle. Or les Latins-Juniens n'ont pas le *connubium*, ils se marient suivant le droit des gens et leurs enfants ne sont pas des *liberi justi*. Dès lors pourquoi le citoyen romain qui épouse une Latine ou une Pérégrine ne jouirait-il pas du même avantage? Il en jouira, dit l'auteur des fragments, et c'est ce qu'il exprime sous cette forme : « *Justi autem an injusti sint filii non requiritur.* » On voit que c'est la suite logique de l'idée précédente.

Maintenant que signifie le § 168 ?

Le voici : On avait pensé que pour l'*excusatio tutelæ* les enfants devaient provenir d'un mariage conforme aux lois caducaires. C'est une erreur ; il suffit que le mariage soit conforme à l'ancien droit civil.

Cette solution suppose l'admission préalable d'une théorie qui consiste à dire que les unions contractées contrairement aux prohibitions des lois caducaires n'étaient pas nulles. La seule sanction de ces défenses consistait en ce que les époux n'échappaient point aux déchéances des *cælibes* et des *orbi*. Les enfants qui naissaient de ces mariages ne pouvaient donc servir à leur père pour *caduca vindicare*, mais lui servaient-ils pour l'excuse de tutelle ? Telle était la question qu'on se posait, parce que d'une part le mariage qui les avait vu naître était parfaitement conforme aux règles du Droit civil et que d'autre part, suivant toutes probabilités, l'excuse de tutelle

existait avant les lois caducaires. (M. Machelard, *Droit d'accroissement*, p. 114, note 1). Le jurisconsulte des *Fragmenta Vaticana* la résout affirmativement.

Les mariages défendus par les lois d'Auguste étaient-ils nuls ou non ?

Bien que cette controverse, très vive entre les interprètes modernes, ne rentre pas directement dans ce sujet, il est cependant nécessaire d'en dire quelques mots, pour établir solidement notre théorie.

On se rappelle que la loi romaine avait longtemps défendu le mariage entre ingénus et affranchies. Les lois caducaires survenant, la prohibition ne pouvait subsister sans devenir insupportable aux Romains, qui dans l'impossibilité d'épouser les affranchies, avaient pris l'habitude d'en faire leurs concubines ; le concubinat ne les aurait pas dérobés aux peines du célibat et de l'*orbitas*. Aussi Auguste s'empressait-il de supprimer la barrière qui séparait les deux classes et permit-il aux ingénus le mariage avec les affranchies.

Il subsista cependant quelque chose de l'ancienne jurisprudence : l'union d'un sénateur à une affranchie resta défendue. Il y eut même des prohibitions toutes nouvelles, relatives au mariage des ingénus avec certaines femmes notées d'infamie (Ulpien, *Regulæ*, 13).

Mais quelle était la sanction de ces prohibitions ? Il y a de fortes raisons de croire qu'elle ne consistait pas dans la nullité du mariage mais dans la pri-

vation pour les époux des privilèges de la fécondité.

Ainsi et avant tout, comment comprendre que des sénatus-consultes postérieurs aux lois caducaires aient déclarés nuls les mariages contractés au mépris de ces lois, si la sanction primitive avait été la nullité ?

Un sénatus-consulte, rendu sous Marc-Aurèle, déclare nul le mariage d'un sénateur avec une affranchie (L. 16, pr. D. *De ritu nuptiarum*, 23, 2).

Un autre sénatus-consulte proclama qu'il était *inconvenant* pour les *sénateurs* d'épouser une personne *damnata* *judicio publico* ; c'est donc que cette union n'était pas encore nulle pour les *sénateurs* et à plus forte raison pour les ingénus (L. 43, § 10, D. *De ritu nupt.* 23, 2).

Enfin Constantin proclame nulle l'alliance d'un sénateur, d'un préfet et d'autres personnes illustres aux *objectæ personæ*, et dans l'énumération de ces personnes on rencontre précisément celles, qu'il était interdit aux ingénus d'épouser d'après les lois Julia et Papia (L. 1, C. *De naturalibus liberis*, 5, 27).

Vainement soutiendrait-on qu'à Rome les lois s'abrogeant par le non-usage, toutes ces décisions ont dû être rendues nécessaires par la désuétude dans laquelle seraient tombées les vieilles prohibitions ! Les sénatus-consultes sont trop nombreux pour qu'une pareille hypothèse soit vraisemblable !

D'ailleurs l'opinion, d'après laquelle les mariages

dont il s'agit n'étaient pas nuls, trouve sa justification dans plusieurs textes.

Ulpien s'occupant de la *solidi capacitas*, accordée par les lois caducaires aux époux dans leurs relations réciproques, dit qu'elle ne pourra être invoquée par ceux dont le mariage est contraire à ces lois ; il cite comme exemple le mariage contracté avec une *mulier famosa*, ou celui contracté par un sénateur avec une affranchie : « Aliquando nihil inter se capiunt, id est, si contra Legem Juliam Papiamque Poppæam contraxerint matrimonium, verbi gratia si famosam quis uxorem duxerit, aut libertinam senator. » (Ulpien, *Regulæ*, 16, 2). Si une pareille union n'avait pas été valable en principe, Ulpien ne se serait pas donné la peine de dire qu'elle ne pouvait servir à procurer aux prétendus époux des avantages qui supposent nécessairement l'existence d'un mariage. Sa pensée est évidemment celle-ci : Le mariage contracté au mépris des lois caducaires est valable ; néanmoins dans ce cas les époux ne pourront pas jouir du bénéfice de la *solidi capacitas*, accordé précisément par les lois qu'ils n'ont pas respectées.

Un autre texte du Digeste (La loi 24, § 3, du titre *Ad legem Juliam de adulteriis*, 48, 5), suppose un mariage contraire aux dispositions des lois Julia et Papia, *uxor contra Leges nupta*, et il décide que même dans ce cas le mari peut tuer le complice de sa femme adultère, parce que ce droit appartient à

tous ceux qui, en leur qualité d'époux, peuvent porter contre les coupables une accusation criminelle. Dira-t-on encore que le mariage n'est pas valable ? S'il était nul la femme ne serait évidemment point passible des peines de l'adultère ; elle le serait d'autant moins, que la plupart des femmes que les *Leges* avaient défendu d'épouser, sont celles avec lesquelles le *stuprum* n'est pas possible. Le mariage seul pouvait les rendre passibles des peines de l'adultère.

Si tous ces motifs ne suffisent pas pour opérer une conviction, on peut encore faire valoir qu'Auguste, malgré la sévérité de ses lois, ou plutôt précisément à cause de leur sévérité, ne devait pas se montrer trop rigoureux dans leur application, sous peine de heurter violemment les passions de ses contemporains dépravés. Aussi les lois Julia et Papia furent-elles interprétées d'une façon fort restrictive, nous en avons la preuve dans la prétention des sénateurs qui, bien qu'étant des ingénus, avaient soutenu que le mariage leur était permis avec les femmes que les ingénus ne pouvaient pas épouser (LL. 43, 44 et 49, D. *De ritu nuptiarum*, 23, 2). Les lois caducaires édictaient des peines et des récompenses, il était tout naturel que leurs dispositions fussent sanctionnées par la crainte de ces peines et l'espoir de ces récompenses.

Enfin le § 168 des *Fragments du Vatican* plaide lui-même en faveur de notre thèse, puisqu'il est

impossible de lui trouver un autre sens que celui que nous lui donnons.

En résumé le § 194 des *Fragments* parle des enfants nés de justes noces et des enfants nés d'un mariage du droit des gens : *justi an injusti filii*. Le § 168 des mêmes *Fragments* vise les enfants nés d'un mariage conforme aux lois caducaires et ceux qui sont issus d'un mariage conforme aux règles de l'ancien droit civil : mais ni l'un ni l'autre de ces deux textes ne s'occupe des enfants des concubins.

Reste le dernier texte invoqué par M. Pilette, celui de Modestin : « Legitimos autem liberos esse oportet » (L. 2, § 3, D. *De excusationibus*, 27, 1).

M. Pilette pense que les *legitimi liberi*, qui ne sont pas *in potestate*, sont les enfants nés du concubinat : ils sont *legitimi* parce qu'ils sont *secundum Leges nati*.

La réponse est facile, c'est Modestin qui l'a fait lui-même en expliquant ce qu'il entend par ces enfants légitimes qui ne sont pas en puissance et qui cependant servent à leur père pour l'*excusatio tutelæ* : « Incolumes liberi, dit-il, itiamsi in potestate » patris sui desierint esse, excusationem a munerebus civilibus præstant. » (L. 2, § 5, D. *De vacatione numerum*, 50, 5). Il s'agit donc des enfants émancipés ! D'ailleurs comment soutenir que les enfants nés du concubinat sont des *legitimi* ? Si cela était vrai, ils auraient droit à la *bonorum possessio*

unde legitimi et M. Pilette lui-même n'ose pas aller jusqu'à leur reconnaître ce droit !

B. — *Jus capiendi et caducorum vindicatio.*

Pour établir que le concubin échappait aux peines du célibat et jouissait des privilèges attachés à la qualité de *pater*, on invoque deux arguments principaux :

Le premier consiste à dire que pour l'application des lois caducaires, il n'y avait pas à s'inquiéter de la question de savoir si les enfants étaient en puissance ou n'y étaient point. Une fois l'idée de puissance écartée, on en conclut qu'il suffisait que la paternité fût certaine pour éviter les déchéances et jouir des avantages.

Or on part de ce principe que les enfants nés du concubinat ont un père certain !

Qu'il ne soit pas nécessaire d'avoir des enfants nés *in potestate* pour *capere ex testamento*, cela n'est pas douteux, dit-on, car les femmes elles-mêmes jouissaient du *jus capiendi* !

Quant au *jus patrum*, on n'exige pas non plus que l'enfant soit *heres suus*, puisque l'enfant adoptif n'est pas l'*heres suus* de son père naturel et que cependant celui-ci peut revendiquer les caduques.

Le second argument est une raison tirée du but des lois caducaires : Rome était dépeuplée, il fallait à tout prix reconstituer la vieille cité ; c'est dans ce dessein qu'Auguste loin de flétrir le concubinat, le

favorise et le récompense parce que n'étant pas une union passagère, il est nécessairement prolifique.

On sait ce qu'il faut penser de l'esprit des lois caducaires et l'explication de M. Pilette ne trouve aucun fondement ni dans les historiens, ni dans les jurisconsultes. L'empereur voulait améliorer les mœurs, faire revivre les vertus des anciens Romains et relever la grandeur nationale ; et certes ce n'est pas en mettant les enfants issus d'une union moins honnête que le mariage sur le même rang que les enfants légitimes, qu'il aurait atteint son but. Aussi partout où il est question des lois caducaires, on ne trouve dans les textes que les expressions *vir*, *uxor*, *matrimonium*, *nuptiæ*, ce qui exclut évidemment toute autre union que le mariage. (Ulpien, *Regulæ*, tit. 14, 15 et 16).

Pour la femme, il est bien vrai qu'elle jouit du *jus capiendi*, quelle que soit l'origine naturelle ou légitime de ses enfants, mais quoi d'étonnant ? Les enfants légitimes eux-mêmes ne sont jamais rattachés à leur mère que par un lien naturel : dès lors on ne peut conclure de ce qui se passe vis-à-vis de la mère aux principes qui régissent la paternité !

Pour valoir à leur père le *jus patrum*, quels étaient les enfants qui devaient être pris en considération ?

La loi Papia disait : « qui liberos habent » (Gaius II, 206). Le mot *liberi* fut pris dans le sens de l'édit du préteur, ainsi qu'il était entendu pour

accorder la *bonorum possessio unde liberi* : il s'appliquait aux enfants qui étaient *sui* ou qui l'auraient été à défaut d'une émancipation, dont le droit prétorien ne tenait pas compte.

Il est si vrai que les *liberi* seuls procuraient à leur père les *præmia patrum*, que les enfants nés d'une fille ne comptaient pas à leur aïeul maternel (§ 195, *Frag. Vat.*). En effets les *nepotes ex filia* ne sont pas des *liberi*.

On objecte que les enfants donnés en adoption n'étaient plus les *liberi* de leur père naturel et que cependant celui-ci pouvait revendiquer les parts caduques, mais on oublie que pour arriver à ce résultat, il a fallu que Néron rendît un sénatus-consulte, ayant pour but de déjouer la fraude de ceux qui, par une adoption, se procuraient les avantages de la paternité naturelle (Tacite, *Ann.*, 15, 19) ; cette exception confirme la règle, car elle montre qu'à l'origine c'était le père adoptif et non le père naturel qui jouissait du *jus patrum*.

Que faut-il conclure ? C'est que si les enfants nés du concubinat donnaient à leur père cette prérogative, il faudrait dire qu'ils sont des *liberi*, et qu'ils ont droit à la *bonorum possessio unde liberi* ! Ceci est inadmissible.

§ II.

La paternité était-elle au moins sanctionnée au point de vue naturel par le droit prétorien ?

Les Romains donnaient aux enfants différentes désignations, suivant les relations auxquelles ils devaient le jour : ceux qui étaient issus des justes noces s'appelaient *justi* ou *legitimi*, quant à ceux qui naissaient du concubinat, on leur donnait le nom de *vulgo concepti* ou de *spurii*.

D'après Gaius la dénomination de *spurii* tirerait son origine du mot grec σποραδην, *vulgairement*. (Gaius, I, § 64). Plutarque lui donne une autre étymologie. A son sens, les Romains auraient eu l'habitude de faire précéder le nom des bâtards des deux lettres S. P., *sine patre*, et comme d'autre part ces deux lettres S. P. désignaient aussi par abréviation le prénom *Spurius*, une confusion se serait produite et on aurait fini par appeler indifféremment les enfants naturels *spurii* ou *sine patre*. (Plutarque, *Questions romaines*, n° 103).

Ceux qui pensent que le *concubinatus* était à Rome une union légale, produisant des effets civils, voudraient distinguer deux classes d'enfants naturels, ceux qui doivent le jour au libertinage et ceux qui naissent du concubinat. Les premiers seraient, dit-on, des *spurii* ou *vulgo concepti* : « Vulgo concepti « dicuntur qui patrem demonstrare non possunt vel

« qui possunt quidem, sed eum habent quem habere
« non licet ». (L. 23, D. *De statu hominum*, 1, 5).
Quant aux seconds, ils s'appelleraient suivant les
uns des *legitimi*, suivant les autres des *liberi natu-*
rales.

Du nom de *legitimi*, bien peu de choses à dire. On
se rappelle que le texte de Modestin : « Legitimos au-
« tem liberos esse oportet omnes, etiamsi non sint in
« potestate » (L. 2, § 3, D. *De excusationibus*, 27, 1),
s'explique par un autre texte du même jurisconsulte
et qu'il désigne non pas les enfants nés du con-
cubinat, mais des enfants nés de justes noces et sor-
tis de puissance par une émancipation. Du reste, si
les enfants nés du concubinat étaient des *legitimi*,
il faudrait dire qu'ils avaient la *bonorum possessio*
unde legitimi, ce que personne n'a encore soutenu;
et lorsque la légitimation fut introduite au Bas-Em-
pire, on n'aurait pas pu dire d'eux *legitimi fiunt*
par le mariage subséquent de leur pères et mère.

L'expression *liberi naturales* ne s'applique pas
davantage aux enfants nés du concubinat. On la
trouve souvent reproduite dans les textes du Code
et des Nouvelles, mais elle est rare dans les frag-
ments du Digeste et encore n'a-t-elle pas le sens
qu'on veut lui donner. Elle a en général les deux ac-
ceptions suivantes : les *liberi naturales* sont les en-
fants nés suivant les lois de la nature par opposition
aux *fili adoptivi*, qui n'entrent dans la famille qu'en
vertu d'une fiction. C'est ainsi qu'Ulpien, parlant

des enfants qui se trouvent en puissance, dit : « Non
« tantum naturales liberi in potestate parentum sunt,
« sed etiam adoptivi ». (Ulpien, *Regulæ*, 8, § 1) ; ou
bien plus généralement encore les *liberi naturales*
sont les enfants nés d'un *contubernium* et ces en-
fants n'ont assurément pas de père certain : « Natu-
« rales liberos, id est in servitute quæritos... » (L. 88,
§ 12, Dig. *De legatis*, 31 ; Gaius 1, 19 ; Paul 5, 6,
§ 16, etc.).

Enfin quelquefois, mais c'est une exception très-
rare, on dit des enfants qu'ils sont *naturales* par
opposition aux enfants nés *ex justis nuptiis*,
(L. 45, D. *De vulgari et pupillari substitutione*, 28,
6 ; L. 17, § 4, D. *Ad senatusconsultum Trebell.*, 36,
1), et même dans ces cas exceptionnels, rien n'indi-
que qu'il soit plutôt question des enfants nés du con-
cubinat que des autres enfants naturels.

Ce n'est que sous les empereurs chrétiens que les
enfants nés du concubinat furent spécialement dési-
gnés sous le nom de *liberi naturales*. Nous en avons
une première preuve dans le passage déjà cité de la
Novelle 89 : « Naturalium nomen romanæ legislationi
« dudum non erat in studium etc... » et l'on peut
ajouter cette loi non moins formelle du Code Théo-
dosien : « Naturalium nomen sancimus imponi iis,
« quos sine honesta celebratione matrimonii pro-
« creatos, legitima conjunctio fuderit in lucem. » (L.
7, C. Th. 4, 6).

Les enfants nés du concubinat n'étant ni des *legi-*

limi, ni des *liberi naturales*, il faut bien qu'ils soient compris dans l'expression de *vulgo quæsiti*, de *spuriî*.

En effet, beaucoup de textes opposent les enfants nés en mariage aux enfants *vulgo quæsiti* : il est donc certain que ces derniers doivent comprendre tous les enfants, qui ne sont pas nés dans le mariage. Aussi Ulpien dit : « *Filium autem vel filiam accipere debemus, sive juste sunt procreati, vel vulgo quæsiti.* » (L. 2, § 1, D. *Ad senatusc. Tertull.*, 38, 17); de même Paul dit : « *Patronæ quidem liberi etiam vulgo quæsiti accipient materni liberti bonorum possessionem : patroni autem non nisi jure quæsiti* » (L. 18, D. *De bonis libertorum*, 38, 2); enfin, car il serait trop long de les citer tous, la même antithèse se retrouve dans deux textes d'Ulpien et de Paul : « *Nec tamen ad solos justos liberos, sed et si vulgo quæsitus sit filius, matrem in jus non vocabit : Quia semper certa est, etiamsi vulgo conceperit : pater vero is est quem nuptiæ demonstrant.* » (L. 4, § 3 et L. 5, D. *De in jus vocando*, 2, 4). Peut-on quelque chose de plus concluant que ces oppositions frappantes ? Il n'y a rien à répondre.

Mais ce n'est pas tout. Dans une inscription funéraire, rapportée par Heineccius, on voit un homme et une femme élever un monument à leur fils naturel Mamercius. Cet enfant est qualifié par la double désignation de *spurius* et de *filius naturalis*, ce qui prouve que ces deux expressions étaient synonymes,

et qu'un enfant, dont le père était bien connu en fait, était cependant qualifié de *sine patre*. Voici cette inscription :

C. Mamercio Sp. f.
Janurio Q. Æd. Præt
II Vir. Q. et
P. Paccius Januarius
Filio naturali et
Mamercia Grapte
Mater infeliciss, filio
Et cognatæ piissimis
Fecerunt.

(Gruter, *Inscriptionum*, p. 484 n° 4. Orelli, n° 2696.)

Si les enfants qui naissent du concubinat sont des *sine patre*, dès lors la loi 23, *De statu hominum* : « vulgo concepti dicuntur qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent quem habere non licet, » cette loi, disons-nous, leur est applicable. Elle veut dire que les enfants nés en dehors du mariage n'ont pas un père qu'ils puissent montrer comme l'enfant légitime et que ceux qui sont nés d'un mariage, mais d'un mariage entaché de crime, pourraient montrer leur père si cela ne leur était pas défendu par la loi. C'est l'hypothèse que prévoit Gaius au § 64 de son premier commentaire.

L'enfant naturel n'ayant pas de père aux yeux de la loi, ne pouvait avoir aucun droit contre lui. Cela va de soi. Ainsi il n'a pas de créance alimentaire,

Ulpien le dit formellement : « Divus Pius rescripsit, « ut filiam suam pater exhibeat, si constiterit apud « judicium, juste eam procreatam » ; quant à l'enfant naturel il ne peut demander d'aliments qu'à sa mère : « Matrem cogemus, præsertim vulgo quæsitos « liberos alere. » (L. 5, §§ 6 et 4, D. *De agnoscendis et alendis liberis*, 25, 3) et cependant sans aucune contestation le droit aux aliments est le premier qui s'impose dans toute législation.

Il est également certain que l'enfant naturel ne peut élever aucune prétention sur la succession de son père, du moins en Droit civil. En effet, la puissance paternelle n'existe que sur les enfants issus de justes noces, ou sur ceux qui sont entrés dans la famille par suite d'une adoption ; il n'est donc pas *heres suus*.

Mais on discute sur le point de savoir, s'il était appelé aux *bonorum possessiones* créées par le préteur.

M. de Fresquet soutient dans son traité de Droit romain, que l'enfant naturel pouvait prétendre à la *bonorum possessio unde liberi* ; son opinion est restée isolée, M. Pilette lui-même la combat. En effet, des textes positifs affirment que le préteur n'accorde cette *bonorum possessio* qu'aux *sui* du Droit civil, ou à ceux qui seraient encore des *sui* si une *capitis deminutio* n'était intervenue. (Ulpien, *Regulæ*, 28 § 8 ; Gaius III, § 26).

Quid quant à la *bonorum possessio unde cognati* ?

Plusieurs auteurs pensent que l'enfant naturel, étant uni à son père par les liens du sang, était son cognat aux yeux du préteur. Mais cette opinion ne s'appuie sur aucun texte et il serait bien étrange, il faut l'avouer, que la loi romaine fût restée muette sur un point aussi grave, si vraiment la *bonorum possessio* avait appartenu aux enfants naturels !

Ce silence serait d'autant plus inexplicable à l'égard de la succession du père, que tous les textes qui ont trait à la *bonorum possessio unde cognati* se réfèrent à la succession de la mère ou des parents maternels : « Itaque, dit Gaius, etiam vulgo quæsitī « liberi matris et mater talium liberorum, item ipsi « fratres inter se, ex hac parte bonorum possessionem « petere possunt, quia sunt invicem sibi cognati. » (L. 2, D. *Unde cognati*, 38, 8). Un peu plus loin Ulpien répète ce que vient de dire Gaius. (L. 4, *ibid.*). Comment expliquer que ces jurisconsultes ne parlent pas du père ? On ne peut pas objecter qu'il ne s'agit pas ici des enfants nés du concubinat, car il est démontré que l'expression *vulgo quæsitī* comprend toutes les classes d'enfants naturels.

La vérité, c'est qu'à Rome la cognation n'était qu'une parenté par les femmes, les Institutes disent : « Cum agnatio a patre, cognatio a matre sit. » (§ 4, Inst. 3, 5). Paul dit encore : « Qui autem per feminas conjunguntur, cognati tantum nominantur. » (L. 10, § 2, D. *De gradibus et affinibus*, 38, 10). Enfin, Gaius s'exprime ainsi précisément à l'occasion de la

bonorum possessio unde cognati : « Eodem gradu
« vocantur etiam eæ personæ quæ per feminini
« sexus personas copulatæ sunt. » (Gaius III, § 30).

En résumé l'enfant naturel n'avait droit ni à des aliments, ni à la succession civile ou prétorienne de son père. Mais en revanche sa filiation n'entraîne pour lui nulle déchéance. Le père peut l'instituer héritier (L. 45, *princ.*, D. *De vulgari et pupill. substit.*, 28, 6), il peut l'adopter (L. 11, D. *De his qui sui...*, 1, 6; L. 46, D. *De adopt.*, 1, 7), enfin comme il est maître d'exhéréder ses enfants légitimes, le père peut donner toute sa fortune à son enfant naturel : en un mot ils sont complètement étrangers l'un à l'autre.

DEUXIÈME PÉRIODE

A PARTIR DE CONSTANTIN.

La conversion de Constantin au christianisme amena le triomphe définitif de la religion nouvelle. Cet événement fit une révolution profonde dans certaines parties de la législation romaine et particulièrement quant aux enfants naturels.

En effet la vieille famille aristocratique et religieuse se transforme, on le sait déjà : elle ne repose plus sur la puissance absolue du *paterfamilias*, mais sur quelque chose de naturel et d'humain, la communauté du sang. Celui qui procrée contracte l'obligation de faire vivre le produit de ses œuvres. L'enfant a des droits contre son père, et celui-ci ne peut plus l'abandonner.

En revanche la doctrine nouvelle est moins indulgente pour les écarts de conduite de l'homme que la société payenne. A ses yeux le concubinage est une faute qu'elle ne tolère qu'avec répugnance, et pour le combattre elle prend deux moyens principaux : elle cherche d'abord à détourner de cette union en frappant de certaines incapacités successorales les enfants qui en naissent, puis elle encourage les concubins à changer leur concubinat en un mariage régulier, en

leur permettant de légitimer leurs enfants par ce mariage subséquent.

Il reste donc à étudier deux choses : 1° Les droits successoraux des enfants naturels d'après la législation du Bas-Empire et 2° les règles de la légitimation à la même époque.

CHAPITRE PREMIER.

DROITS DES ENFANTS NATURELS DANS LA SUCCESSION DE LEUR PÈRE AU BAS-EMPIRE.

A cette époque le nom de *liberi naturales* apparaît dans le langage juridique comme désignant spécialement les enfants nés du concubinat. C'est à ces enfants que les empereurs chrétiens reconnaissent des droits ou infligent des incapacités. Mais il faudrait se garder de croire qu'ils entendent par là faire une institution légale du concubinat : toutes leurs dispositions tendent au contraire à en détourner et s'ils osaient, ils le défendraient certainement. Si les droits ne sont accordés qu'aux enfants du concubin, c'est qu'il est plus facile de connaître leur père, que celui des autres enfants naturels, parce que les concubins habitent ensemble. Justinien dit lui-même que pour l'application des règles qu'il édicte, il faut que la concubine et ses enfants habitent sous le même toit que le concubin : « Sit autem ei domi donec vivit, libera mulier in habitu concubinæ cum eo de-
« gens, et filii ex ea (talibus enim solis hæc sanc-
« mus, ubi omnino indubitata sunt sive concubinæ
« in domo habitæ sive naturalium ibidem proles). » (Nov. 48, c. 5). L'empereur ne semble-t-il pas indiquer qu'il faut une véritable possession de l'état d'enfant naturel ? Au reste Justinien accorda plus

de droits aux enfants nés du *contubernium* qu'aux enfants nés du concubinat et cependant personne ne dit qu'il fit du *contubernium* une union légale, pourquoi le dirait-on du concubinat ?

Justinien fut le premier qui reconnut aux enfants nés *ex concubinato* le droit, limité il est vrai, de succéder à leur père mort *intestat*. Dans sa Nouvelle 89, ce prince décide que si le défunt laisse ou des descendants légitimes ou une femme légitime, ses enfants naturels n'ont droit qu'à des aliments. Dans tous les autres cas, quels que soient les parents appelés à la succession et quand même il n'y en aurait aucun, les enfants naturels prennent deux douzièmes de la succession, et si leur mère existe, ils lui abandonnent une part virile des ces deux douzièmes (Nov. 89, c. 12, §§ 4 et 6). La concubine ne succède que lorsqu'elle a des enfants naturels.

Ce droit de succession, quelque modeste qu'il fût, était un progrès dans la voie de l'humanité. Malheureusement Justinien se montra beaucoup moins humain pour les enfants nés de l'adultère ou de l'inceste ; il alla jusqu'à leur refuser des aliments : « Omnis qui ex complexibus aut nefariis, aut incestis aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur neque alendus est a parentibus. » (Nov. 89, C. 15). Le prince voulait par cet excès de rigueur, punir dans ces enfants le crime de leurs parents.

L'incapacité de recevoir par disposition testamentaire avait précédé de beaucoup, pour les enfants

naturels, la capacité de succéder *ab intestat*. A l'ancienne liberté de disposition que la loi des Douze tables consacrait en ces termes : « Uti legassit, ita « jus esto, » Constantin substitua la prohibition absolue de rien laisser aux enfants naturels.

Par une constitution datée de Carthage il déclara infâmes les sénateurs, les préfets, les duumvirs et les ministres du culte, qui laisseraient quelque chose aux enfants qu'ils auraient eus d'une esclave, d'une fille d'esclave, d'une affranchie, d'une fille d'affranchie, d'une comédienne, d'une fille de comédienne, etc., en un mot de toute femme de basse condition.

Les libéralités dont il s'agit devenaient caduques et pouvaient être revendiquées par les héritiers légitimes. A défaut de cette revendication dans les deux mois, les biens donnés appartenaient au fisc. Quant aux femmes, les dispositions faites en leur faveur étaient également révoquées, et elles-mêmes étaient soumises à la torture, parce que ce sont des personnes « quarum venenis inficiuntur animi perditum. » (L. 4, C. *De natur. lib.*, 5, 27).

Cette constitution ne s'appliquait pas à tous les enfants naturels, mais il est probable qu'elle fut complétée par une autre constitution, qui appliquait les mêmes règles à tous les enfants sans distinction. Car, au dire de Justinien, ce furent les empereurs Valens, Valentinien et Gratien qui les premiers firent quelque chose d'humain pour eux (Nov. 89, c. 12, pr.).

Ces empereurs permirent à l'homme qui avait des *liberi justi* ou son père ou sa mère encore en vie, de donner entre-vifs ou par testament le douzième de ses biens à ses enfants naturels. Si cet homme n'avait ni père ni mère, ni enfants légitimes, ses enfants naturels pouvaient recevoir le quart de sa fortune (L. 4, C. Th. *De natur. lib.*, 4, 6).

Il est probable qu'il y eut des essais de retour vers les lois sévères de Constantin, car nous avons au Code une constitution d'Arcadius et d'Honorius qui remet en vigueur celle des empereurs Valens, Valentinien et Gratien (L. 2, C. *De naturalibus liberis*, 5, 27).

Enfin Justinien amena le triomphe définitif de la mansuétude en décidant qu'à défaut d'enfants légitimes, le père pourrait donner à ses enfants naturels la moitié de sa succession (Nov. 18, c. 5).

Plus tard il se montra plus large encore en déclarant qu'à défaut d'enfants légitimes, les enfants naturels pouvaient recueillir les libéralités à eux faites avec même liberté qu'un étranger ; ces libéralités n'étaient donc réductibles qu'en faveur des ascendants légitimaires (Nov. 89, c. 12, §§ 2 et 3).

Les règles de la quotité étaient les mêmes dans les rapports de l'enfant naturel avec son aïeul (L. 12, c. *De naturalibus liberis*, 5, 27).

Tels sont les droits de succession que les enfants naturels reçurent au Bas-Empire. Quand plus tard en 887 de l'ère chrétienne, l'empereur Léon le Philosophe abolit le concubinat par sa Nouvelle 91, cela

n'empêcha pas que les enfants *ex concubinato* conservassent les droits que Justinien leur avait accordés sur la succession de leur père : sa réforme n'eut qu'une portée pénale. Le concubinat cessa d'être un fait toléré par la loi, il devint punissable, selon les circonstances, de six ou de douze coups de verges (Harménopule, IV, 9, n° 34 ; V, 8, nos 66 et 67 ; VI, 3, n° 1).

CHAPITRE II.

DE LA LÉGITIMATION DES ENFANTS NATURELS.

Dans le droit ancien le père naturel et son enfant étaient vis-à-vis l'un de l'autre considérés comme des étrangers ; ils jouissaient donc du droit commun et le père qui voulait faire entrer son enfant dans sa famille n'avait qu'à l'adroger. Mais sous l'influence du christianisme le concubinat devint un désordre légal ; il en résulta pour les enfants innocents une tache originelle et une incapacité absolue de recueillir les libéralités de leurs parents. Si l'adrogation eut encore été permise à cette époque, il eut été facile d'éluder les décisions impériales ; aussi quoique nulle constitution de Constantin n'ait prohibé l'adrogation, il est cependant très probable que depuis cet empereur le rescrit du prince, nécessaire pour adroger, ne fut plus accordé. En tous cas il est certain que Justin défendit à jamais d'adroger les enfants naturels parce que : « *Nimis sit indignum, nimis item impium, flagitiis præsidia quærere ut et petulantiae servire liceat, et jus nomenque patris, quod eis denegatum est, id altero legis colore præsumant.* » (L. 7, C. *De naturalibus liberis*, 5, 27) et Justinien confirma cette prohibition par sa Novelle 74, c. 3.

Mais en supprimant le seul moyen qu'avaient les

enfants naturels d'entrer dans la famille de leur père, les empereurs chrétiens leur en offraient un autre beaucoup plus moral et d'une nature plus élevée, car non-seulement il permettait de relever les enfants de la honte de leur naissance, mais il tirait encore la concubine de son infériorité sociale pour la placer au rang de l'homme ; c'est la légitimation par mariage subséquent.

Si le mariage était impossible, le père pouvait recourir à la légitimation par rescrit du prince. Enfin un troisième mode, d'une origine absolument différente, permettait de légitimer les enfants naturels en les offrant à la curie.

§ 1^{er}.

De la légitimation par mariage subséquent.

Ce fut Constantin qui le premier permit aux concubins de légitimer leurs enfants par un mariage subséquent. Il voulait régulariser la situation des enfants naturels déjà nés, mais il ne voulait pas encourager le concubinat qu'il réprouvait. Aussi sa constitution ne fut-elle que transitoire. Encore la légitimation n'était-elle possible que s'il n'existait pas d'enfants d'un précédent mariage et si la concubine était ingénue. Nous n'avons pas le texte de la constitution de Constantin, mais nous en connaissons le sens par une décision de l'empereur Zénon, qui prit en 476 une mesure analogue ayant un caractère pu-

rement transitoire, et qui rappelle qu'il ne fait que renouveler l'œuvre de son prédécesseur (L. 5, C. *De naturalibus liberis*, 5, 27).

La légitimation par mariage subséquent prit enfin un caractère permanent et devint une institution définitive sous l'empereur Anastase, en 517 (L. 6, C. *De natural. lib.*, 5, 27). Elle fut maintenue par Justinien qui en compléta l'organisation.

Trois conditions sont exigées pour la validité de la légitimation par mariage subséquent.

1° Les enfants naturels doivent être nés de personnes entre lesquelles le mariage était possible au moment de la conception (Inst. 1, 10, § 13; L. 11, C. *De natural. lib.*, 5, 27).

Ainsi le gouverneur qui avait pris pour concubine une femme de sa province, ne pouvait pas légitimer les enfants qu'il avait eus d'elle, parce qu'il n'aurait pas pu l'épouser au moment de la conception.

Cette règle souffrait cependant une exception remarquable : un homme libre vivant en *contubernium* avec son esclave, pouvait l'affranchir, en faire son épouse et par ce mariage légitimer les enfants de leurs relations antérieures. Cependant le maître n'aurait pas pu épouser son esclave au moment de la conception de ses enfants. En revanche, on avait maintenu dans cette hypothèse particulière la règle qui ne permettait la légitimation qu'en l'absence d'enfants légitimes (Nov. 18, c. 11; Nov. 78, c. 4).

Dans tous les autres cas Justinien l'avait abolie: (Nov. 89, c. 12).

2° Il faut qu'un *instrumentum dotale* ait été rédigé pour rendre plus manifeste la transformation du concubinat en mariage, car la différence entre ces deux unions est souvent très-délicate (LL. 10 et 11, C. *De natur. lib.* 5, 27).

3° Enfin les enfants ne doivent pas être légitimés contre leur volonté : il faut leur consentement, ou du moins il faut qu'ils ne s'opposent pas à leur légitimation. C'est ainsi qu'il convient d'entendre ces mots de Justinien : « Dum et hoc filii ratum habuerint, » car des textes supposent que les enfants simplement conçus lors du mariage peuvent être légitimés (LL. 10 et 11, C. *De natur. lib.*, 5, 27).

Quant à la restriction que Constantin et Zénon avaient admise dans leurs constitutions en ne permettant de légitimer que les enfants d'une concubine ingénue, elle disparaît sous Justinien. La loi 10 au Code, *De natural. liberis*, parle en effet des enfants dont la mère est *libera*, sans distinguer si elle est ingénue ou affranchie.

Ces conditions remplies, la légitimation par mariage subséquent donne aux enfants dans toute leur plénitude les droits résultant de la filiation légitime proprement dite. Ils entrent dans la famille civile, ils deviennent héritiers siens et sont les agnats des agnats de leur père (L. 9, C. *De nat. lib.*, 5, 27).

A Rome on s'était cependant posé la question de

savoir si la légitimation devait produire ses effets lorsque des enfants légitimes venaient à naître postérieurement au mariage. La raison de douter, c'est qu'il pouvait paraître injuste d'accorder aux enfants légitimés les mêmes droits qu'aux enfants légitimes. Mais Justinien déclara que les effets de la légitimation devaient subsister même dans cette hypothèse, car le père en contractant de justes noces a eu pour principal but de légitimer ses enfants déjà nés (L. 10, C. *De nat. lib.*, 5, 27).

On s'était encore demandé, si lorsque le mariage restait infécond, les enfants nés antérieurement conservaient le bénéfice de leur légitimation ! Ce mariage imparfait n'aurait pas eu la puissance de légitimer. Justinien trancha la question dans le sens de l'affirmative en déclarant que l'espérance d'avoir des enfants suffisait à elle seule (L. 11, C. *De nat. lib.*, 5, 27).

Enfin nous avons déjà dit que les enfants, simplement conçus lors du mariage de leurs père et mère, jouissaient du bienfait de la légitimation, mais cette question avait été controversée, car leur consentement avait nécessairement fait défaut.

Les trois solutions que nous venons d'analyser sont absolument exactes. Et cependant on a beaucoup discuté sur le sens d'une phrase douteuse des *Institutes*, à laquelle les interprètes ont voulu faire dire alternativement ces trois vérités. Voici cette phrase :

« Quod et aliis liberis qui ex eodem matrimonio
« fuerint procreati, similiter nostra constitutio præ-
« buit. » (Inst., 1, 10, § 1°).

Hotmann a proposé de lire ainsi la phrase : « Quod
« et si nulli alii liberi fuerint, etc. »

Cujas voulait qu'on lût : « Quod et si alii liberi
« fuerint procreati. »

Mais toutes ces corrections sont inutiles et la controverse est absolument dépourvue d'intérêt, puisque, quelle que soit la solution qu'on lui donne, on aboutit à une idée vraie.

§ II.

De la légitimation par rescrit du prince.

Le mariage pouvait être impossible, par exemple par suite de l'absence ou de la mort de la concubine, mère des enfants naturels. Alors que pouvait faire le père? Il n'avait même plus la ressource de l'adoption pour faire entrer ses enfants dans sa famille. Justin la lui avait enlevée par une constitution rendue en l'an 509. Il aurait donc été réduit à l'impossibilité de les légitimer, si Justinien n'avait organisé un nouveau mode de légitimation. Il permit au père, qui ne pouvait épouser la mère de son enfant naturel, de s'adresser à l'empereur qui, par un rescrit, prononcerait sur la légitimation demandée. La légitimation par rescrit du prince était destinée à suppléer la légitimation par mariage subséquent, elle

produisait donc exactement les mêmes effets. Cependant ce moyen n'était offert qu'à l'homme qui n'avait pas d'enfants légitimes (Nov. 74, c. 1; Nov. 89, c. 9).

Enfin si le père était mort après avoir témoigné dans son testament le désir de voir ses enfants naturels lui succéder comme s'ils étaient légitimes, ceux-ci pouvaient demander à l'empereur de vouloir bien consacrer par un rescrit la volonté du testateur. Cette légitimation qu'on appelle quelquefois testamentaire, n'était en réalité qu'une espèce de légitimation par rescrit du prince (Nov. 74, c. 1 et 2)

§ III.

De la légitimation par oblation à la curie.

Ce dernier mode de légitimation ne fut pas inspiré comme les deux précédents par un sentiment de bienveillance pour les enfants naturels; il ne fut introduit que dans un but administratif et fiscal.

La curie était le sénat de la ville municipale. Les décurions, qu'on appela plus tard curions ou curiales, formaient un ordre de noblesse, qui comprenait non seulement les membres de la curie, mais encore ceux qui étaient aptes à y entrer.

Les décurions avaient à subir des charges très lourdes, que ne compensaient pas leurs privilèges. Ainsi ils étaient chargés du recouvrement de l'impôt personnel et foncier : leurs biens répondaient du

déficit (L. 18, § 26, D. *De muneribus et honoribus* 50, 4). Ils étaient tenus d'offrir au prince l'*aurum coronarium* chaque fois qu'un événement heureux se produisait (L. 3, C. Th. *De auro coronario*, 12, 13). Ils donnaient à leurs frais les jeux et les spectacles publics, etc., etc.

A côté de tous ces inconvénients, leurs principaux avantages consistaient dans l'exemption de certaines peines, telles que la torture, la fustigation et les travaux des mines (L. 2, § 2; L. 14, D. *De decurionibus*, 50, 2).

Aussi la curie était-elle désertée. Pour combler les vides qui se faisaient dans ses rangs, les empereurs Théodose le Jeune et Valentinien III, imaginèrent de tenter leurs sujets par l'attrait de la puissance paternelle. En conséquence ils autorisèrent le père à légitimer ses enfants naturels en les offrant à la curie et en leur assurant une fortune immobilière fixée à 25 *jugera*. Mais il fallait que le père n'eût pas de postérité légitime et que l'enfant consentît à l'oblation (L. 3, C. *De natur. lib.*, 5, 27).

Une fille pouvait elle-même être légitimée, si le père la donnait en mariage à un décurion et lui constituait une dot de 25 arpents.

Justinien compléta cette théorie par les trois décisions suivantes. Il admit : 1° que l'existence d'enfants légitimes ne serait plus un obstacle à la légitimation; 2° qu'à défaut d'enfants légitimes, l'enfant naturel pourrait s'offrir lui-même à la curie; 3° qu'en-

fin le décurion qui n'avait pas de postérité légitime, pouvait légitimer l'enfant qu'il aurait eu d'une *ancilla*, en l'offrant à la curie (L. 9, § 3, C. *De natural. lib.*, §, 27; Nov. 89, c. 2).

Il est à remarquer que les effets de ce dernier mode de légitimation étaient loin d'être aussi étendus que ceux des deux autres. L'enfant offert à la curie passait bien sous la puissance de son père, il acquérait des droits dans sa succession; mais il n'entrait pas dans la famille et ne devenait pas l'agnat des agnats de son père (Nov. 89, c. 4).

Cette limitation des droits des enfants légitimés par l'oblation à la curie, témoigne des scrupules qu'éprouvaient les empereurs chrétiens à sanctionner une institution, que le désarroi du fisc leur imposait. Elle atteste à la fois la misère qui régnait au Bas-Empire et le relèvement du niveau moral dans cette période malheureuse.

DE LA POSSESSION D'ÉTAT

ET

DE SA FORCE PROBANTE EN MATIÈRE DE FILIATION

INTRODUCTION.

§ I^{er}

DE L'ÉTAT.

L'état, c'est l'ensemble des qualités qui affectent une personne, et qui constituent sa situation juridique dans la société.

Une personne peut être française ou étrangère, majeure ou mineure, mariée ou non mariée, enfant légitime ou naturel, interdite ou non, etc., etc.: voilà des exemples de qualités qui constituent la personnalité juridique d'un individu.

Elles ont elles-mêmes leur source dans une série de faits tels que la naissance, le mariage, la reconnaissance d'un enfant naturel, l'interdiction, etc. Au fur et à mesure que ces faits se produisent, la personnalité est plus ou moins modifiée, l'individu a des droits et des obligations différentes.

La naissance ou plutôt la conception crée la per-

sonne et l'aptitude aux droits; le mariage engendre la puissance maritale et les obligations réciproques des époux; la paternité donne naissance à la puissance paternelle; la majorité permet d'exercer les droits principaux de la vie civile et politique, etc. En un mot, chacun des événements importants qui marquent la vie de l'homme modifie son état, et de cette modification résultent de nouveaux droits et de nouveaux devoirs.

Disons-nous combien il importe d'établir nettement l'état de chacun ? Nous attacherons-nous à démontrer que toute personne doit pouvoir prouver son individualité dans l'état et dans la famille; qu'elle doit pouvoir vérifier celle d'autrui, puisque la capacité de ceux avec qui elle contracte est une condition de la validité de leurs actes; que l'intérêt public enfin, par un motif de haute police et dans un but de constitution régulière des familles, exige des preuves certaines de l'état des citoyens ? En vérité cela nous semble superflu, tant l'importance de ces preuves saute aux yeux, puisque l'état des personnes, c'est la base du droit tout entier.

Les éléments constitutifs de l'état peuvent varier suivant les législations : c'est ainsi qu'à Rome, pour n'en citer qu'un exemple, les qualités juridiques pouvant déterminer ou modifier les droits de la personne étaient beaucoup plus nombreuses qu'elles ne le sont dans notre droit actuel. En effet, on pouvait être citoyen romain, latin ou pérégrin, libre ou

esclave; patron ou affranchi; père de famille ou en puissance d'autrui. Aujourd'hui toutes ces institutions ont disparu, plus de latinité ni rien de semblable, plus d'esclavage, plus de patronat, nous ne nous faisons plus enfin de la puissance paternelle l'idée que s'en étaient faite les Romains. Mais si les éléments de l'état sont moins nombreux, dans notre société moderne, en revanche les rapports juridiques entre les individus se sont compliqués et multipliés à l'infini. Cela tient à plusieurs causes, parmi lesquelles on peut citer l'esprit de notre Code, qui, en faisant du consentement la loi des parties, a écarté les entraves qu'apportait aux relations sociales le formalisme romain. Cela tient encore à la facilité des communications actuelles, et enfin à la loi générale du progrès à laquelle obéit l'esprit humain.

En France comme à Rome, il est donc du plus haut intérêt de bien connaître les éléments de l'état, puisque c'est de là que dépend la capacité de celui avec lequel on contracte.

§ II.

DE LA POSSESSION.

Quand nous voyons une personne jouir paisiblement et publiquement d'une chose comme si elle en était propriétaire, nous supposons sur le champ qu'elle a vraiment la propriété. On peut dire de la possession qu'elle est l'habit de la propriété. En effet

si nous rencontrons un homme portant la robe du prêtre ou l'uniforme du soldat, nous disons : cet homme est un prêtre, cet homme est un soldat, et en cela nous avons raison, car sauf de rares exceptions, chacun porte le costume de la profession qu'il exerce dans la société.

De même il est tout naturel de supposer que quiconque est en possession d'une chose en est propriétaire.

Cette idée si simple de la possession n'atteignit cependant pas dès l'origine toute l'extension qu'elle devait avoir. Primitivement les Romains n'attachaient d'effets juridiques qu'à la possession d'une chose corporelle, c'est-à-dire la possession corrélative de la propriété, car ils confondaient la chose corporelle avec le droit de propriété dont elle est l'objet. Puis on s'aperçut que de même qu'un individu peut se conduire à l'égard d'une chose comme s'il en était véritablement propriétaire, de même il peut jouir de tout autre droit, par exemple d'un droit d'usufruit, comme si ce droit lui appartenait, et qu'il y avait les mêmes raisons de favoriser cet individu que le possesseur de choses corporelles. On étendit donc peu à peu, mais timidement, l'idée de possession et ses effets juridiques à ce qu'on appelait alors des choses incorporelles, telles que l'usufruit, les servitudes et autres. Néanmoins une distinction subsista sinon en fait du moins dans les noms, car cette dernière espèce de possession fut qualifiée de *quasi-possession*.

Aujourd'hui même, dans notre Code, il reste comme un dernier témoignage de ces progrès successifs conquis péniblement par la possession. En effet, à l'art. 2228 le Code la définit : la *détention* ou la *jouissance* d'une *chose* ou d'un *droit* que nous *tenons* ou que nous *exerçons* par nous-mêmes ou par un autre qui l'exerce en notre nom.

On voit que les rédacteurs donnent pour ainsi dire deux définitions en une seule.

Ils définissent premièrement la possession corrélatrice de la propriété, et secondement la possession corrélatrice de tout autre droit. Or, personne n'ignore que si dans le langage du monde on confond la propriété et l'objet auquel elle s'applique, si l'on dit : mon cheval, ma terre, — au lieu de dire : le droit de propriété que j'ai sur ce cheval, sur cette terre, ce n'est là qu'une pure abréviation de langage, et qu'en réalité la propriété n'est qu'un droit comme tout autre, sauf peut-être qu'il est le plus complet que nous puissions avoir sur une chose. Il aurait donc mieux valu définir la possession, la jouissance d'un droit que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui l'exerce en notre nom. Mais en compliquant inutilement la définition de l'art. 2228, le législateur n'a fait que reproduire, par inadvertance sans doute, la vieille distinction romaine entre la possession et la quasi-possession.

§ III.

DE LA POSSESSION D'ÉTAT.

Puisque nous disons du possesseur, qui se conduit en véritable propriétaire, qu'il a le droit de propriété, et de celui qui se conduit comme un usufruitier qu'il a le droit d'usufruit, du moins jusqu'à preuve contraire, pourquoi ne dirions-nous pas d'un enfant qui paraît être fils légitime ou naturel de telle ou telle personne, qu'il est fils légitime ou naturel de cette personne ? Pourquoi ne dirions-nous pas : cet enfant a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir, celui-ci l'a élevé soigné, instruit, établi ; la famille et la société le regardent comme enfant légitime ou naturel de son père : donc il est bien son enfant légitime ou naturel ? Il n'y a rien là que de très naturel. C'est la possession d'état.

Le Code la définit ainsi à l'art. 321 :

« C'est une réunion suffisante de faits, qui indiquent
« le rapport de filiation et de parenté entre un
« individu et la famille à laquelle il prétend appar-
« tenir.

« Les principaux de ces faits sont :

« Que l'individu a toujours porté le nom du père
« auquel il prétend appartenir ;

« Que le père l'a traité comme son enfant, et a
« pourvu en cette qualité à son éducation, à son en-
« tretien et à son établissement ;

« Qu'il a été reconnu constamment pour tel dans
« la société;

« Qu'il a été reconnu pour tel par la famille. »

Cette disposition s'applique spécialement à la filiation légitime ; mais il est facile, étant donné l'esprit de la loi, de se faire une idée de la possession de tout autre état. Si par exemple un homme non marié entretient, élève et établit un enfant qui, dans le monde comme dans la famille de cet homme, passe pour son enfant naturel, on dira que cet enfant est en possession de l'état d'enfant naturel. De même encore auraient la possession d'état d'époux légitimes l'homme et la femme, qui vivraient ensemble comme s'ils étaient mariés, qui se présenteraient et seraient reçus partout comme gens mariés, et que les deux familles traiteraient comme tels.

On pourrait citer encore bien des cas et suivre la possession d'état dans ses applications multiples. Qui ne se rappelle l'exemple resté célèbre à l'école de cet esclave romain devenu préteur ? Il jouissait de la possession d'état de préteur, et en raison de la bonne foi des parties qui avaient eu recours à son ministère, toutes ses décisions furent validées : *Error communis facit jus*. Aujourd'hui les mêmes hypothèses peuvent se reproduire : tel homme passait-il aux yeux de tous comme officier d'état civil ? Si l'état qu'il possède est usurpé, quel doit être le sort des actes qu'il a reçus ? Mais les exemples déjà cités suffisent à donner une idée générale de la possession

d'état, et cette étude n'a pour but de s'en occuper qu'au point de vue de sa fonction la plus importante et la plus intéressante, c'est-à-dire en matière de filiation.

§ IV.

DIFFÉRENCES ENTRE LA POSSESSION ET LA POSSESSION D'ÉTAT.

On sait qu'à Rome la possession proprement dite ne s'implanta dans la législation que progressivement et avec peine. Ce ne fut que timidement qu'on élargit la notion primitive, et qu'on l'étendit à d'autres droits que celui de la propriété.

Au contraire la possession d'état a dû être à Rome comme dans toute société naissante, le mode de preuve originaire employé pour établir la filiation d'un individu. A quelle autre preuve aurait-on pu avoir recours ? Ce n'est certainement pas à la preuve par écrit, car dans l'ignorance où sont les peuples qui se forment, les écrits privés font généralement défaut, et quant aux écrits publics, ils n'existent que chez les nations déjà civilisées.

A-t-on eu recours au témoignage ? Oui, certes ! et il serait puéril de le discuter, mais le témoignage est une preuve très imparfaite. Il peut bien servir à constater la maternité, fait difficile à dérober aux yeux du public ; quant à la paternité, fait absolument mystérieux et passager, il est impuissant à la

démontrer. Et si l'on pense que les témoins disparaissant avec le temps, il arrive un jour où la preuve de la filiation maternelle par le témoignage devient elle-même impossible, on est forcé d'en conclure que dès le début le mode pour ainsi dire universel était la possession d'état.

Une autre différence existe toute en faveur de la possession d'état. Quand un individu possède une terre ou tout autre chose appartenant à autrui, il dépend sans doute du véritable propriétaire d'interrompre cette possession avant le temps voulu pour qu'elle produise des effets ; mais il peut se faire que ce propriétaire soit négligent, il peut même arriver qu'il ignore que sa chose est possédée par un tiers, et cependant s'il n'agit pas dans le cours de l'année, le possesseur sera présumé propriétaire jusqu'à preuve contraire. S'il n'agit pas dans le délai fixé pour prescrire, il se verra déchu de la propriété elle-même. Le propriétaire n'est donc en quelque sorte qu'un sujet passif, ce n'est pas lui qui donne la possession à son adversaire, il la subit. C'est le possesseur qui se l'est faite à lui-même.

Il n'en est pas de même en matière de possession d'état ; ce n'est pas l'enfant qui se fait une possession à lui-même, ce sont tous ceux qui l'entourent, c'est-à-dire les intéressés, le père, la mère, la famille toute entière. En un mot les intéressés sont sujets actifs.

Aussi n'y a-t-il pas à s'étonner que la loi élève

la possession d'état au rang d'une preuve, tandis qu'elle laisse la possession proprement dite au rang des présomptions.

§ V.

FORCE PROBANTE DE LA POSSESSION D'ÉTAT AU POINT DE VUE THÉORIQUE.

Nous avons vu que la possession d'état est un ensemble de faits continus et notoires, qui par leur nature impliquent la reconnaissance de la filiation de l'enfant par la famille à laquelle il prétend appartenir. On peut donc dire que c'est une série d'aveux.

Or, nous le demandons, qu'y a-t-il de plus probant qu'un aveu, lorsqu'il est répété chaque jour, et peut-être plusieurs fois par jour pendant une période de temps indéterminée ? Voilà deux personnes mariées, elles donnent leur nom à un enfant qui vient de naître, elles l'élèvent, l'entretiennent et l'établissent comme leur enfant légitime, elles le présentent comme tel à leur famille et à leurs voisins, et cet enfant tant de fois reconnu par ceux qui ont un intérêt majeur à ne pas le reconnaître, par ceux peut-être qui viendraient seuls à la succession de ses parents, s'il n'existait pas, n'aurait pas l'état qu'il paraît avoir ? Cela n'est pas probable, et les faits extraordinaires ne se présument point.

S'agit-il d'un enfant naturel à qui son père ou sa mère a donné une possession d'état ? la force de l'aveu se double : car il n'est plus seulement question d'un intérêt pécuniaire ; c'est l'honneur qui est en jeu, c'est l'opinion qu'il faut braver, l'opinion qui, pour nous servir des paroles de M. Bonnier, est souvent plus sévère pour le scandale que pour la faute elle-même.

Mais ce n'est pas tout, il faut aller plus loin, et dire que théoriquement la preuve par la possession d'état vaut mieux que la preuve par écrit et la preuve par témoins.

D'abord elle offre plus de garantie que l'écrit : si c'est la filiation légitime qu'il s'agit de prouver, l'acte de naissance qu'on apporte n'est en réalité qu'un acte de déclaration de naissance. L'officier de l'état civil qui le dresse ne constate point en effet *de visu* le fait qu'il y relate : la loi n'exige point qu'il se rende en personne chez l'accouchée pour vérifier l'accouchement, il ne fait que consigner sur ses registres la déclaration qui lui a été faite par certaines personnes, qui n'ont peut-être point assisté à l'accouchement, et dont les dires d'ailleurs peuvent être mensongers : car enfin elles ne sont ni des officiers publics, ni même des témoins, puisqu'elles ne prêtent pas serment. Donc rigoureusement, et à ne s'en tenir qu'à la logique des choses, les actes de naissance ne devraient pas faire preuve. Veut-on savoir pourquoi néanmoins la loi les accepte ? C'est

parce que les actes de l'état civil sont après tout dans la plupart des cas conformes à la vérité ; parce qu'ils sont un moyen de constater à toute époque l'état des citoyens ; parce qu'ils donnent chacun une preuve commode et facile de ses droits ; parce qu'enfin ils offrent toutes les garanties de publicité désirables.

Voilà quant à la preuve de la filiation légitime la juste valeur de l'écrit : c'est une preuve imparfaite, mais utile. Il n'est pas nécessaire, nous le pensons, de démontrer que la possession d'état d'enfant légitime doit inspirer plus de confiance, bien qu'elle n'ait pas, il faut l'avouer, tous les avantages dont nous venons de parler.

Quant à la preuve par écrit de la filiation naturelle, ce n'est plus un acte de naissance, c'est-à-dire un acte auquel les parents n'ont peut-être pris aucune part, c'est une reconnaissance écrite, en d'autres termes c'est un aveu venant du principal intéressé, le père ou la mère. Mais qui n'a déjà remarqué que la possession d'état est aussi une reconnaissance, et une reconnaissance de beaucoup plus énergique et plus probante que la reconnaissance authentique, puisque, comme on l'a vu plus haut c'est une série d'aveux ? Donc dans la possession d'état ni surprise ni entraînement possible : tout est réfléchi, tout est libre, tout se passe au grand jour devant la famille et la société.

Du témoignage il n'y a qu'un mot à dire. La loi ne l'accepte qu'à défaut d'autre preuve, et en pre-

nant soin de s'entourer de toutes sortes de précautions et de garanties, telles que le commencement de preuve par écrit ou des indices graves résultant de faits dès lors constants (art. 323). C'est assez dire qu'elle ne l'admet qu'avec répugnance, et qu'elle se défie des témoins corrompus. Mais, dira-t-on, la possession d'état aussi s'établit par témoins, donc elle offre les mêmes dangers. Il n'en est rien cependant, car dans le premier cas le fait à prouver, c'est l'accouchement, c'est-à-dire un fait isolé, unique, passager, auquel ordinairement peu de témoins assistent; dans le second cas au contraire il s'agit de prouver une suite de faits continus, qui se passent aux yeux de tous, et que tout le monde a pu constater. Il est donc facile de prouver un accouchement à l'aide de faux témoins, sans qu'ils puissent être démentis par d'autres, mais il est impossible de suborner assez de témoins pour établir une fausse possession d'état, car si on en corrompt dix, vingt autres se lèveront immédiatement pour protester.

Il faut donc conclure avec Portalis que celui qui jouit de son état publiquement et sans trouble a le plus puissant de tous les titres, et que la possession d'état est la plus naturelle et la plus complète de toutes les preuves. Mais pour être juste on doit ajouter, qu'à cause des avantages précieux et pratiques que présentent les registres de l'état civil, ils doivent jouir sur elle d'une certaine prééminence, telle que le Code civil la leur accorde.

§ VI.

HISTOIRE DE LA POSSESSION D'ÉTAT.

1^o *Droit romain.*

Les Romains connaissaient la possession d'état, cela n'est pas douteux. Nous n'en voulons pour preuve que la nécessité dans laquelle ils étaient de l'admettre, puisque d'une part nous avons vu que c'est le mode primitif de preuve adopté par toute société qui se forme, et que d'autre part, du moins dans le principe, aucun registre ni écrit n'était nécessaire pour constater les actes de la vie civile, tels que le mariage, la naissance, le décès des citoyens (1).

Il y a d'ailleurs des textes positifs à citer à l'appui de cette thèse : Il y avait une *possessio libertatis*, dont parle la loi X au Digeste, *De liberali causâ* XL, 12. De même il y avait une *possessio libertinitatis* dont fait mention la loi 14 au Digeste, *De probationibus*, XXII, 3. Enfin la loi 9 au Code, *De nuptiis*, admet d'une façon formelle la possession d'état et

(1) Marc-Aurèle, d'après son biographe Julius Capitolinus, prescrivit à tout citoyen romain de déclarer la naissance de ses enfants, et de leur donner un nom dans les trente jours. A Rome, la déclaration se faisait devant les *præfecti ærarii*, dans les provinces devant les *tabularii*. Scévola, contemporain et ami de Marc-Aurèle, fait allusion aux registres que devaient tenir ces fonctionnaires (L. 29, § 1, D. *De probat.*, 22, 3) (M. Accarias, t. I, p. 88).

en matière de mariage et en matière de filiation.

Quant aux possessions d'état d'homme libre, d'affranchi ou d'époux, nous n'aurions rien à en dire, puisqu'elles ne rentrent pas dans le cadre restreint que nous nous sommes tracé, si elles n'offraient quelques petites particularités qu'il est bon de signaler, parce qu'on ne les retrouve plus en droit français.

C'est ainsi que dans la *causa liberalis*, c'est-à-dire l'action qui tend, soit pour un maître à revendiquer un esclave qui a la possession d'état d'homme libre, (*vindicare in servitutem*), soit pour un homme qui est traité comme esclave, à revendiquer sa liberté contre un prétendu maître, (*proclamare in libertatem*), la possession d'état n'est point une preuve par elle-même, mais n'a pour effet que de donner le rôle de défendeur et de mettre le fardeau de la preuve à la charge de l'adversaire. C'est ce qui arrive chez nous en matière de possession ordinaire, et c'est ce qui n'arrive point en matière de possession d'état.

Il est inutile d'ajouter qu'il en est de même entre l'affranchi et le patron qu'entre l'esclave et le maître.

Quant à la possession d'état d'époux, chacun sait qu'en droit français, sauf le cas exceptionnel de l'article 197, on rejette ce mode de preuve en matière de mariage. La raison en est simple : nul ne peut se faire une preuve à soi-même. Mais pourquoi les Romains n'ont-ils pas suivi le même système ? Peut-être pourrait-on répondre à cette question qu'à Rome il n'était nullement nécessaire de rédiger un écrit

pour constater les justes noces, et que suivant une opinion très-répandue parmi les jurisconsultes modernes, le consentement suffisait à lui seul pour unir devant la loi ceux qui se choisissaient comme époux : *nuptias non concubitus sed consensus facit* (L. XXX D., *De regulis juris*). Si l'on adopte cette manière de voir, on s'explique que les Romains aient admis la preuve du mariage par la possession d'état, elle restait la seule ressource de ceux qui n'avaient pas pris soin de rédiger un *instrumentum*, ou d'entourer leur mariage de certaines cérémonies susceptibles d'être prouvées par témoins.

En fait, il faut l'avouer quelle que soit l'opinion qu'on ait des *justæ nuptiæ*, il se joignait souvent au mariage des patriciens une *confarreatio*, à celui des plébéiens une *coemptio*, et plus souvent encore sans distinction de castes, une *deductio* de la femme *in domum mariti*.

Ces solennités donnaient au mariage une certaine publicité qui permettait l'emploi du témoignage, mais en tout cas, après la mort des témoins il fallait bien en revenir à la possession d'état.

La preuve de la filiation légitime est complexe. Elle comprend la preuve : 1^o du mariage, 2^o de la maternité, 3^o de la paternité, 4^o de la conception de l'enfant pendant le mariage, 5^o enfin de l'identité de l'enfant.

Le mariage se prouvait à Rome soit par écrit lorsqu'il y en avait un tel qu'une constitution de dot,

soit par témoins quand cela était possible, soit par la possession d'état.

La maternité, fait essentiellement physique et tangible, se prouvait par témoins.

L'identité par des lettres missives émanées des parents, ou par les soins qu'ils avaient donnés à l'enfant.

Quant à la paternité et à la conception de l'enfant pendant le mariage, on avait recours à deux présomptions. C'était : 1^o la présomption « *pater is est quem nuptiæ demonstrant* », 2^o une présomption qui fixait dans un espace de temps déterminé l'époque légale de la conception.

On voit que toutes ces preuves étaient relativement faciles; mais il pouvait arriver que la démonstration légale de la filiation fût assez difficile à fournir à cause de la disparition des titres, de la mort des témoins, de la perte des documents. C'est alors que la nécessité de la possession d'état se faisait sentir dans toute sa force, et qu'on remarquait bien l'immense avantage qu'elle procurait à celui qui en jouissait. C'était une preuve complète, qui prouvait à la fois paternité, maternité, identité et conception pendant le mariage.

Voici la loi 9 au Code, *De nuptiis*, qui consacre formellement la possession d'état comme preuve de la filiation et du mariage, nous la citons tout entière :
« Si vicinis, vel aliis scientibus, uxorem liberorum
« procreandorum causâ domi habuisti, et ex eo ma-

« trimonio filia suscepta est, quamvis neque nuptiales tabulæ, neque ad natam filiam pertinentes factæ sunt, non ideo minus veritas matrimonii aut susceptæ filiæ suam habet potestatem. » Rien de plus net et de plus catégorique.

Suivait-on le même système en matière de filiation naturelle ?

Primus a été élevé par Prima, qui a entouré son enfance de tous les soins qu'une mère prodigue ordinairement à son fils, elle lui a donné son nom, la société n'a cessé de le considérer comme l'enfant de Prima. Peut-il réclamer les droits d'enfant naturel de Prima ? A notre sens, cette question doit être résolue affirmativement.

D'une part, les textes sont silencieux à cet égard, d'autre part, la preuve par témoins est de droit commun, nous en concluons que tout enfant naturel pouvait par le témoignage prouver sa filiation paternelle ou maternelle. Il semble même résulter du silence des textes que le témoignage était admis dans cette matière sans commencement de preuve par écrit. Donc *a fortiori* l'enfant pouvait-il invoquer la possession d'état !

2° *Droit ancien.*

Au moyen-âge, on devait plus qu'aujourd'hui peut-être attacher de l'importance à tout ce qui touchait à la filiation. Outre les intérêts qui existent à notre époque de la question de savoir quelle est la

véritable filiation d'un individu, l'organisation féodale comprenait encore une hiérarchie de personnes, dont les droits et les devoirs étaient absolument différents suivant la place qu'elles y occupaient. Depuis le serf jusqu'au roi de France, il y avait place pour bien des intermédiaires : vilains, roturiers ou nobles, paysans ou bourgeois, etc. Il était donc intéressant au premier chef de connaître exactement la qualité de chacun.

A la suite des invasions franques et germaniques, la Gaule se divisa en pays de coutumes et en pays de droit écrit : au nord les coutumes, au midi la loi romaine.

Il était impossible que ces deux espèces de droit subsistassent côte à côte dans un même pays, sans exercer l'une sur l'autre une influence réciproque. Aussi dans le midi appliqua-t-on les coutumes comme droit supplétif du droit romain, et dans le nord combla-t-on les lacunes du droit coutumier par le droit romain. Quant à la question de filiation, il est à remarquer que ce fut l'influence romaine qui prédomina, sans doute parce qu'en cette matière les Romains avaient trouvé les règles les plus simples et les plus parfaites, de sorte que sous ce rapport la loi s'étendait à tout le territoire du nord au midi de la France.

Toutefois la preuve de la filiation par les registres publics obtint sa régularisation dans l'ancien droit. Au moyen-âge le clergé constatait dans des registres

les baptêmes des catholiques, ces actes n'avaient à l'origine d'autre but que d'assurer l'exécution des lois canoniques et n'étaient point susceptibles de faire pleine foi en justice. François I^{er}, par sa fameuse ordonnance de Villers-Cotterets rendue en 1539, voulut qu'ils fissent pleine foi de la naissance des personnes et ses successeurs complétèrent sa décision par plusieurs autres ordonnances.

Donc dans notre ancienne jurisprudence française il y avait trois modes de preuves de la filiation légitime : les écrits consignés dans les registres du clergé, le témoignage et la possession d'état. Celle-ci prouvait à la fois la paternité, la maternité et l'identité. C'était une preuve complète par elle-même. Bien plus, suivant les auteurs du commencement du XVIII^e siècle, la filiation de l'individu qui recherchait son état en s'appuyant sur un titre émanant des registres publics et sur une possession conforme à ce titre, cette filiation disons-nous, devenait inattaquable, parce que : 1^o il était nécessaire d'assurer le repos et la stabilité des familles, et que 2^o les erreurs sont bien rarement possibles, lorsque ces deux preuves se corroborent. (V. 402^e plaidoyer de Cochin, dont les conclusions furent admises par l'arrêt du 9 avril 1737).

Dans le droit ancien, la recherche de la filiation naturelle était absolument libre. Quant à la preuve de cette filiation, le plus ancien document que nous ayons est une ordonnance rendue par Henri II en

1556. Le roi voulait empêcher la suppression de part en forçant les filles à déclarer leur grossesse ou leur enfantement sous peine de mort. Cette ordonnance ne fut pas obéie. Nous n'avons pas d'autres règles sur la preuve de la filiation naturelle. Cela suffirait donc pour en conclure qu'en pays de droit écrit comme en pays de coutumes on admettait la reconnaissance, la possession d'état, le témoignage et les présomptions de l'homme, en un mot tous les moyens. Mais si on se rappelle en outre la fameuse règle : *virgini prægnanti creditur*, quel que soit le sens qu'on lui donne, qu'on lui fasse dire : Celui-là est et demeure véritablement le père que la mère a dénoncé comme tel, ou que, suivant la doctrine qui a définitivement prévalu, on restreigne la portée de cet adage aux frais de gésine, tout le monde tombera d'accord qu'une législation capable d'admettre cette règle devait accueillir *a fortiori* la preuve résultant de la possession d'état.

Aussi Bacquet dit-il dans son *Traité du droit de bâtardise* (1^{re} partie, chap. I, n^o 2) : « Il y a des enfants naturels, *qui ex concubinâ domo retentâ nati sunt*, et desquels les pères et mères sont certains. » Aussi encore ne faut-il pas s'étonner d'entendre Cochin s'écrier dans l'affaire Bourgelat (t. I, p. 590) : « De toutes les preuves qui assurent l'état des hommes, il n'y en a point de plus solide, de plus puissante que celle de la possession publique... Elle tient lieu de tous les actes qui sont or-

dinairement employés pour fixer l'état des hommes. »

3^e *Droit intermédiaire.*

Notre ancienne jurisprudence était bien libérale quant à la recherche de la filiation naturelle et quant aux preuves admises dans cette recherche ; mais en revanche combien ne se montrait-elle pas sévère quant à la situation qu'elle faisait aux enfants naturels eux-mêmes ! Ils n'avaient droit qu'à des aliments.

C'était là un double excès. La liberté absolue de la recherche fut cause de bien des troubles restés célèbres : les aventuriers et les imposteurs eurent beau jeu pour s'introduire dans les familles et voler un nom. D'un autre côté il répugnait à la conscience publique de voir les enfants naturels, relégués en quelque sorte au ban de la société, porter la peine d'une faute qu'ils n'avaient pas commise.

La Révolution tomba dans les deux excès contraires. Par un seul et même décret en date du 12 brumaire an II, elle interdisait la recherche de la paternité, et assimilait les enfants naturels aux enfants légitimes quant aux droits de succession.

Voici du reste les articles de ce décret qui sont relatifs à la preuve de la filiation. On y verra que la législation de cette époque était bien incertaine.

Article 1^{er}. — Les enfants actuellement existants, nés hors mariage, seront admis aux successions de

leurs père et mère ouvertes depuis le 14 juillet 1789. Ils le seront également à celles qui s'ouvriront à l'avenir sous la réserve portée à l'article 10 ci-dessous.

Article 8. — Pour être admis à l'exercice des droits ci-dessus dans la succession de leur père décédé, les enfants nés hors mariage seront tenus de prouver leur possession d'état. Cette preuve ne pourra résulter que de la représentation d'écrits publics ou privés du père, ou de la suite des soins donnés à titre de paternité et sans interruption tant à leur entretien qu'à leur éducation.

La même disposition aura lieu pour la succession de la mère.

Article 10. — A l'égard des enfants nés hors de mariage, dont le père et la mère seront encore existants lors de la promulgation du Code civil, leur état et leurs droits seront en tout point réglés par les dispositions du Code.

Article 11. — Néanmoins en cas de mort de la mère avant la promulgation du Code, la reconnaissance du père faite devant un officier public suffira pour constater à son égard l'état de l'enfant né hors du mariage, et le rendre habile à lui succéder.

Article 12. — Il en sera de même dans le cas où la mère serait absente ou dans l'impossibilité de confirmer par son aveu la reconnaissance du père. (Dalloz, *vº Paternité et Filiation*, nº 419).

De tous ces textes il résulte deux points certains :

1° Au point de vue des droits de succession, les enfants nés hors mariage, dont le père ou la mère était décédé entre la date du 14 juillet 1789 et le 12 brumaire an II, étaient admis à prouver leur filiation par la possession d'état. (Art. 1 et 8).

2° Les droits des enfants nés hors mariage, dont le père et mère devaient exister encore lors de la promulgation du Code, étaient en suspens jusqu'à cette promulgation et devaient être réglés par le Code lui-même. (Art. 10).

Mais il y a toute une classe d'enfants, dont ne parlait pas le décret du 12 brumaire : ce sont ceux dont le père devait mourir entre brumaire an II et la promulgation des titres du Code civil. Ces enfants devaient-ils être classés parmi ceux que visaient l'art. 1^{er} et l'art. 8 combinés, ou parmi ceux de l'article 10 ? En d'autres termes, devaient-ils pouvoir prouver leur filiation par la possession d'état, ou était-il nécessaire qu'ils représentassent une reconnaissance authentique ? Car à cette époque on supposait que le Code n'admettrait que cette reconnaissance. On verra plus tard si les rédacteurs du Code ont adopté ce système.

Telle fut la question qu'on se posa.

A ne consulter que la fin de l'art. 1^{er} : « les enfants actuellement existants seront admis aux successions ouvertes à l'avenir sous la réserve portée à l'art. 10 ci-dessous, » on aurait pu croire que la classe d'enfants naturels, dont nous venons de parler, avait la

faculté d'user de la preuve par la possession d'état, puisqu'il n'y a qu'une réserve, l'art. 10, et que l'article 10 ne vise que les enfants dont *le père et la mère seront encore existants* lors de la promulgation du Code.

Cependant le ministre de la justice consulté fut d'un avis contraire. Il fait valoir dans un rapport écrit à ce sujet, que le législateur a eu pour but d'abolir la recherche de la paternité non avouée et d'instituer la formalité de la reconnaissance; que d'ailleurs les pères qui ont survécu à la loi de brumaire ont la pleine faculté de reconnaître leur enfant, et il cite enfin à l'appui de sa thèse ces paroles de Cambacérès : « Personne n'ignore combien, dans les habitudes de la vie, il est facile de répandre la présomption d'une paternité qui n'a jamais existé. C'est pour cela que la loi de brumaire an II exige la reconnaissance du père. » (Duvergier, XIV, p. 237).

En résumé voici ce qui paraît résulter de cette loi :

Elle interdit la recherche de la paternité dans tous les cas, même quand l'enfant ne réclame que des aliments : car il n'est pas possible qu'un père soit déclaré tel quant aux aliments et pas quant à la succession. C'est ce que la Cour de cassation a jugé par arrêt du 6 janvier 1808 (S. 1808, I, p. 86). La Cour suprême affirme dans un de ses considérants que depuis la publication de la loi de brumaire nul n'a pu être contraint à reconnaître un enfant naturel

qu'il ne jugeait pas à propos d'avouer, et que toutes poursuites ont été illégales et nulles.

En dehors de cette interdiction absolue, depuis brumaire an II jusqu'au Code, tous les moyens de preuve admis dans l'ancien droit étaient à la disposition de l'enfant naturel, qui demandait des aliments.

Quant aux successions, on distinguait : la succession était-elle ouverte depuis le 14 juillet 1789 et avant brumaire an II ? la possession d'état était admise. N'était-elle pas encore ouverte à cette époque ? les droits des enfants restaient en suspens jusqu'au Code civil.

De la filiation légitime sous le droit intermédiaire nous n'avons rien à dire ; la Révolution n'ayant rien changé quant à ses preuves, la possession d'état gardait toute sa force. Arrivons donc au droit moderne ; notre étude se divise en deux parties principales, qui auront pour titre : 1^o de la possession d'état considérée isolément, et 2^o de la possession d'état jointe au titre, quand elle lui est conforme et quand elle lui est contraire.

DE LA POSSESSION D'ÉTAT
COMME PREUVE DE LA FILIATION
EN DROIT CIVIL

PREMIÈRE PARTIE.

DE LA POSSESSION D'ÉTAT ISOLÉE.

CHAPITRE PREMIER.

COMME PREUVE DE LA FILIATION LÉGITIME.

§ 1^{er}. — *Définition.*

On sait que le législateur a tracé les caractères de la possession d'état d'enfant légitime à l'art. 321. Cet article est ainsi conçu :

« La possession d'état s'établit par une réunion
« suffisante de faits, qui indiquent le rapport de
« filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir.

« Les principaux de ces faits sont que l'individu a
« toujours porté le nom du père auquel il prétend
« appartenir; que le père l'a traité comme son en-

« fant, et a pourvu en cette qualité à son éducation,
« à son entretien et à son établissement ; qu'il a été
« reconnu constamment pour tel dans la société ;
« qu'il a été reconnu pour tel par la famille. »

Les caractères ordinaires de la possession d'état peuvent donc se ramener à trois, que nos anciens auteurs dans un langage concis désignaient par ces trois mots : *nomen, tractatus, fama*.

Ces trois éléments ne sont pas exigés cumulative-ment, ce sont les faits principaux de la possession d'état, nous dit la loi. Il peut se faire qu'il y en ait d'autres que ceux que nous indique le Code, il peut se faire aussi qu'ils soient moins nombreux, qu'il n'y en ait que deux par exemple. Peu importe pourvu qu'ils soient suffisants. Aux tribunaux d'apprécier. C'est ce que disait Bigot Préameneu lors des travaux préparatoires : « Il n'importe que la preuve « résulte de faits plus ou moins nombreux, il suffit « qu'elle soit certaine. » (Locré, T. III, page 89 ; Cassat. 25 août 1812, S. 1812, 1, 406).

: Mais il s'agit ici d'une question grave, de l'état des hommes. Les tribunaux doivent donc se montrer circonspects, et tenir grand compte de la qualité de celui qui a donné la possession d'état. Ainsi la reconnaissance de l'aïeul paternel ou des autres parents éloignés n'est qu'un témoignage respectable, qui certainement ne vaut pas le témoignage du père, plus à même que tout autre d'avoir une certitude sur le fait de la paternité.

La possession d'état doit être constante, dit l'art. 320. Que signifie ce mot ? Il a deux sens possibles : ou bien il veut dire que la possession d'état doit être *certaine, prouvée* ; ou bien il signifie possession *continue, suivie, sans lacunes*.

Nous n'hésitons pas à adopter ce dernier sens : il est évident que la possession d'état doit être établie d'une façon non équivoque. Le Code n'a pu vouloir dire cela, sinon il aurait dit une chose inutile et naïve. Ce qu'il a voulu, il le montre dans l'art. 321, qui n'est que le développement de sa pensée : il exige que l'enfant ait *toujours* porté le nom du père auquel il prétend appartenir, qu'il ait été *constamment* reconnu comme enfant légitime dans la société. Donc il ne faut pas en douter, possession constante veut dire possession continue.

Mais comment faut-il entendre cette continuité ? Combien de temps l'enfant doit-il avoir joui de son état pour avoir le droit de dire qu'il le possède ? C'est à notre sens une question de fait, que la sagesse du magistrat doit trancher. Il est évident, par exemple, que dès la naissance de l'enfant sa famille a dû le reconnaître : car ce n'est pas après trois ou quatre ans qu'un père ou qu'une mère a coutume de songer à remplir ses devoirs envers son fils. De deux choses l'une, ou c'est le jour même de la naissance de l'enfant que ses parents l'ont entouré de leurs soins, et alors on doit supposer des rapports de filiation légitime ; ou c'est seulement après un certain

temps que la possession d'état a commencé, et alors il est à présumer que les époux ont voulu déguiser une adoption, et se soustraire aux formalités imposées par la loi pour cet acte.

En sens inverse, il faut admettre avec M. Demolombe qu'il n'est pas nécessaire que la possession d'état se soit continuée depuis le jour de la naissance jusqu'au jour où l'enfant recherche sa filiation. Il arrive souvent en effet qu'un fils de famille quitte le pays natal et le foyer paternel pour aller au loin tenter fortune, ou pour tout autre motif. Les relations cessent. Est-ce une raison pour que l'enfant ne puisse plus à son retour invoquer la possession d'état qui lui était acquise, lors même qu'il prouverait son identité ? Non assurément ; car ces disparitions, ces éloignements prolongés sont trop fréquents de nos jours et trop entrés dans nos mœurs, pour qu'on puisse y voir autre chose que des événements fort explicables. Cette solution du reste se trouve en parfaite harmonie avec les principes de la possession en général, car on sait que la possession une fois acquise se conserve sans le fait même de l'occupation matérielle. Mais ne l'oublions pas, la possession doit être constante. Si donc l'enfant quittait sa famille primitive pour entrer dans une autre qui le traiterait également comme sien, l'acquisition de cette nouvelle possession détruirait la première.

§ 2. — *Cas dans lesquels la possession
d'état s'applique.*

L'article 320 dit : « à défaut de titre, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit. »

A défaut de titre : la première rédaction de cet article n'était pas conçue dans des termes si larges, elle portait : « Si les registres sont perdus, ou s'il n'en a pas été tenu, la possession constante d'état d'enfant légitime suffit. » C'était la reproduction exacte des cas prévus par l'art. 46.

Mais les tribunaux d'appel de Rennes et de Toulouse, puis celui de Paris firent observer qu'il pouvait se présenter d'autres cas où l'acte de l'état civil manquerait à l'enfant, et où par conséquent il serait injuste de lui refuser le secours de la possession d'état, par exemple : la naissance a eu lieu pendant le cours d'une traversée et on a négligé de la constater par écrit, ou bien encore l'enfant a été inscrit comme né de père et de mère inconnus, ou bien enfin il ignore la commune où il a été inscrit.

Frappé de la justesse de ces observations, le Conseil d'Etat étendit l'art. 320. Il n'y a donc plus à distinguer aujourd'hui. Quelle que soit la cause qui prive l'enfant de son titre, il peut toujours avoir recours à la possession d'état. (Loché, *Esprit du Code Napoléon*, t. 5, p. 133).

§ 3. — *Envers qui faut-il avoir la possession d'état?*

Pour établir qu'il est enfant légitime, l'enfant de-

vra-t-il démontrer sa possession et vis-à-vis de son père et vis-à-vis de sa mère? Ne lui suffira-t-il pas au contraire d'établir que sa mère l'a traité comme enfant légitime?

Poser la question, c'est la résoudre : car qui dit enfant légitime, dit enfant né de deux époux. Il semble donc que la possession d'état doit rattacher l'enfant à une femme et à son mari.

Cependant c'est là l'objet d'une controverse très-vive.

M. Bonnier dans la première édition de son *Traité des preuves* admettait les deux propositions suivantes :

1^o Une personne peut avoir la possession d'état d'enfant légitime à l'égard d'une femme mariée, sans l'avoir à l'égard de son mari.

2^o La possession d'état qu'a donnée la mère à son enfant ne prouve que la maternité, elle n'a aucun effet au regard du mari de la mère. (Bonnier, *Traité des preuves*, 1^{re} édit., nos 128, 141).

Dans les éditions suivantes l'éminent jurisconsulte change d'avis, du moins quant à la seconde proposition.

Régulièrement, dit-il, les faits qui constituent la possession d'état doivent émaner des deux époux ; mais *quid* si les époux sont séparés, et si la possession existe seulement vis-à-vis de l'un d'eux ?

Dans le doute on doit voir là plus facilement une possession d'état d'enfant naturel qu'une possession

d'état d'enfant légitime; mais s'il est absolument certain que c'est bien la condition d'enfant légitime qu'on a donnée, il faut reconnaître l'enfant comme légitime. Est-ce au respect du mari qu'on invoque la possession? La position de l'enfant est éminemment favorable : car il n'y a pas de meilleur juge de la filiation légitime que le mari lui-même.

Est-ce au contraire au respect de la femme? M. Bonnier invoque à l'appui de sa thèse un arrêt de la Cour de Toulouse en date du 4 juin 1842. (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 248).

Voici l'un des considérants de cet arrêt :

La Cour : « Considérant que fallût-il admettre que la possession d'état doit être établie tant à l'égard du père qu'à l'égard de la mère, le point est constant dans la cause. » La Cour semble donc dire que quand même cette circonstance n'existerait point, les principes du droit protégeraient le réclamant.

L'auteur du *Traité des preuves* accepte cette donnée, et il en conclut que la possession d'état d'enfant légitime établie vis-à-vis de la mère suffit pour que son mari soit déclaré père légitime : car il est de principe que quand la preuve de la maternité est fournie, la paternité se présume. (Bonnier, *Traité des preuves*, 4^e édit., t. 1^{er}, p. 251 et suiv.).

Si nous n'avions à nous prononcer que sur la deuxième solution donnée par le savant professeur, nous dirions qu'il a bien fait de changer d'avis dans la seconde édition de son traité : car quand on adopte

un système, la logique commande de le suivre dans toutes les conséquences qu'il entraîne. Or, qu'arriverait-il si la maternité étant prouvée, la paternité ne l'était pas ? L'enfant ne serait évidemment pas légitime, puisque l'enfant légitime est celui qui est né de deux époux. Il ne serait pas non plus naturel, il est né pendant le mariage. Serait-il adultérin ? Mais alors on se heurterait aux art. 335 et 342 qui défendent soit de reconnaître, soit de rechercher la filiation adultérine.

Il faut donc appliquer ici la maxime : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* ; mais ce résultat auquel on arrive forcément est la condamnation de la théorie tout entière.

Comment ? Il appartiendrait donc à la femme d'imposer au mari à son insu les charges de la paternité ! qui sait si cet enfant qu'elle a élevé comme son enfant légitime n'est pas le fruit de désordres, qu'elle cache à l'ombre du mariage ?

Aussi, la grande généralité des auteurs et des Cours d'appel déclare-t-elle que la possession d'état est indivisible : elle ne peut exister qu'à l'égard des deux époux, sinon ce n'est pas une possession d'état d'enfant légitime.

Il est vrai que le Code à l'art. 321 en rapporte les faits principaux au mari, mais pourquoi ? parce que c'est lui qui le plus ordinairement pourvoit à l'éducation, à l'entretien et à l'établissement de l'enfant ; parce que c'est toujours son nom que l'enfant porte.

Il ne faut donc rien conclure de là. L'art. 321 le prouve lui-même, puisqu'il définit la possession d'état : « une réunion de faits qui indiquent le rapport de filiation entre un individu et sa famille. » (Cass. 25 août 1812, S. 1812, 1, 406 ; Paris, 11 juin 1814, S. 1815, 2, 17 ; Paris, 25 mai 1852, D. 1852, 2, 289).

Il faut cependant admettre un tempérament à notre règle ; il semble en effet bien peu équitable de refuser à l'enfant qui n'a pas de titre, et dont le père est mort avant d'avoir pu donner une possession d'état à son fils, dans le cas par exemple où la mort du père est contemporaine de la naissance, ou bien encore et surtout dans le cas où elle lui est antérieure, il serait bien peu équitable, disons-nous, de refuser à l'enfant le droit de prouver sa filiation légitime au moyen de la possession d'état. Mais dans cette hypothèse les tribunaux devraient se montrer sévères, et ne pas se prononcer avant d'avoir examiné scrupuleusement l'attitude de la famille paternelle. Accepter ce tempérament, ce serait rentrer dans l'esprit du Code, toujours prêt à venir au secours de ceux que la mort de leurs parents a privés d'un moyen de preuve. (Art. 197).

La même idée de justice et d'équité commande encore d'admettre cette solution dans le cas d'absence du mari, sauf à ce dernier la faculté d'intenter l'action en désaveu lorsqu'il reviendra ; mais si les époux sont simplement séparés la règle générale doit recevoir son application, car le mari ayant pu traiter

l'enfant comme sien et ne l'ayant point fait, l'a considéré comme un étranger.

§ 4. — *Que doit prouver celui qui invoque la possession d'état ?*

L'enfant doit naturellement prouver les faits qu'il avance, s'ils sont contestés ; mais cela ne suffit pas. S'il veut être jugé légitime, il lui faut encore et préalablement prouver sa légitimité, c'est-à-dire le mariage de ses père et mère. C'est une condition *sine qua non* de l'admissibilité de la preuve par la possession d'état (Cassation, 19 juin 1867, Dalloz, 67, 1, 343).

L'enfant ne serait pas non plus admis à invoquer sa possession d'état, si le mariage bien qu'existant en fait était déclaré nul, car un mariage nul est censé n'avoir jamais existé. Mais remarquons-le bien, c'est l'enfant qui prouve l'existence du mariage de ses père et mère, en rapportant le titre de mariage, mais c'est à ses adversaires de prouver qu'il est nul : les nullités ne se présument point. Quant au mariage putatif, puisqu'il produit toujours en faveur des enfants les mêmes effets que produirait un mariage valable (art. 201 et 202), dès que son existence est prouvée, l'enfant doit être admis à prouver sa possession d'état.

Est-il juste et rationnel d'imposer à l'enfant l'obligation de prouver tout d'abord à l'aide d'un titre le

mariage de ceux qu'il prétend être ses parents ? Il semble à première vue qu'on pourrait dire : l'enfant nous apporte la preuve que la famille et la société l'ont traité comme légitime, cela suppose que la famille et la société ont regardé ses père et mère comme mariés ; la preuve de la possession d'état d'enfant légitime implique donc le mariage. Ce raisonnement paraît logique ; mais si l'on se rappelle que le législateur n'a pas voulu que la preuve du mariage résultât d'une possession d'état d'époux, on en conclura qu'*a fortiori* il n'a pas pu vouloir qu'elle résultât indirectement d'une possession d'état d'enfant légitime.

Que l'on considère combien de personnes, surtout dans les grandes villes, vivent avec toutes les apparences d'individus légitimement mariés, traitant leurs enfants comme légitimes, les présentant partout comme tels, quoiqu'en réalité nul mariage n'existe, et l'on pourra se convaincre que la doctrine contraire eût donné lieu à bien des abus.

Les enfants d'ailleurs ne sont soumis à la nécessité de rapporter le titre de mariage que lorsque cela leur est possible, c'est-à-dire lorsque l'un de leurs parents au moins vit encore à l'époque où ils demandent à faire la preuve de leur filiation. Quand tous deux sont morts au contraire, la loi venant au secours des enfants, qui peut-être ignorent la commune où leurs père et mère se sont mariés, et ne peuvent se procurer un extrait de l'acte de mariage,

leur permet à l'art. 197 d'établir leur filiation et leur légitimité, par la double preuve de la possession d'état d'époux dont ont joui leurs parents, et de leur propre possession d'état d'enfants légitimes, pourvu que cette dernière ne soit pas contredite par l'acte de naissance.

Trois questions ont été soulevées. Les époux existent, mais ils sont l'un et l'autre absents, ou l'un et l'autre interdits : leurs enfants peuvent-ils dans ce cas invoquer le bénéfice que la loi leur accorde expressément, lorsque leurs père et mère sont l'un et l'autre décédés ? Il faut sans hésiter faire prévaloir l'esprit évident de la loi sur son texte. Si elle vient au secours des enfants lorsque leurs père et mère sont morts, c'est à cause de l'impossibilité où ils sont de découvrir le lieu de la célébration du mariage. Or, dans notre hypothèse la même impossibilité existe ; mais il est clair que si l'époux absent revenait, ou si l'époux interdit recouvrerait la raison, la contestation de la légitimité des enfants pourrait être utilement renouvelée.

On s'est encore demandé si l'art. 197 reçoit son application dans le cas où le mariage est affirmé par un enfant et nié par le survivant des prétendus époux. Voici l'hypothèse : on suppose que l'un des prétendus époux est décédé. Un enfant se présente comme enfant légitime et demande le partage de la communauté ; l'époux survivant nie le mariage, et soutient qu'il n'y a pas eu de communauté. L'en-

fant peut-il alors invoquer le bénéfice de l'art. 197?

On pourrait dire en faveur de l'affirmative que l'impossibilité, dont nous parlions tout à l'heure, existe dans notre espèce, car le survivant des époux se gardera bien de donner des armes contre lui en fournissant à l'enfant les indications nécessaires pour découvrir l'acte de mariage. Mais il vaut mieux déclarer l'enfant non recevable à faire la preuve de l'art. 197, parce que la légitimité étant contestée par le survivant des prétendus époux, cette contestation fait évanouir le commencement de possession d'état, qui s'était formé à son profit. Il est difficile d'admettre en effet que dans un intérêt honteux un père ou une mère réduise frauduleusement son enfant à l'état de bâtardise.

Enfin il y a eu discussion sur le point de savoir s'il suffisait à l'enfant de prouver sa possession d'état sans prouver celle de ses parents, ou si les deux possessions devaient être l'objet d'une preuve directe.

La Cour de Bastia s'était prononcée dans le premier sens : car, disait-elle, la possession d'état des parents résulte implicitement de la possession d'état d'enfant légitime, puisque celle-ci établit la filiation vis-à-vis de la *famille*, et qu'on ne comprend pas la famille sans mariage. Mais la Cour de cassation pensant que le seul avantage qui résultât de l'art. 197 pour les enfants dont les parents sont morts, était de ne pas être obligés à représenter le titre de mariage, déclara que les deux possessions d'état de-

vaient faire l'objet d'une preuve distincte. (Cassation 19 juin 1867, Dalloz, 1867, I, 342).

En résumé l'enfant qui n'a pas de titre de naissance et qui veut prouver sa filiation légitime, doit prouver d'abord le mariage de ses père et mère, généralement au moyen d'un titre, puis il est admis à prouver sa possession d'état d'enfant légitime.

§ 5. — *Comment se prouve la possession d'état.*

A ne consulter que le droit commun, l'enfant qui demande à prouver sa filiation devrait avoir toute latitude de faire cette preuve comme il l'entend : car il n'a pas pu dresser un acte comme on le fait pour constater une convention. L'équité voudrait donc qu'il fût permis de prouver son origine par tous les moyens possibles. Le légistateur a cependant pensé qu'il fallait mettre obstacle aux usurpations d'état, en n'acceptant le témoignage qu'avec défiance et précaution ; mais ne l'oublions pas, nous ne devons tenir compte de ces sévérités que quand le Code nous l'ordonne formellement. En dehors des cas prévus par lui, nous rentrons dans le droit commun.

Ce principe nous donne la solution d'une question qui a pu être controversée, mais sur laquelle, à notre sens, il ne peut y avoir de doutes sérieux : comment se prouve la possession d'état ?

Quelques-uns s'inspirant de l'art. 323, qui n'admet la preuve testimoniale qu'avec un commencement de

preuve par écrit ou des indices et présomptions graves résultant de faits dès lors constants, ont pensé que l'enfant en possession de son état ne pouvait produire de témoins qu'en justifiant des garanties exigées par la loi ; mais il est évident que l'art. 323 n'est pas applicable à notre espèce. Dans quel cas exige-t-il des adminicules ? Il le dit : à défaut de titre et de possession constante. Donc il ne les exige pas lorsqu'il s'agit de prouver la possession d'état.

La différence qu'établit le législateur entre la preuve par témoins et la preuve par la possession d'état est bien nette : la première n'est admise qu'avec des garanties telles que le commencement de preuve par écrit ; la seconde se fait par tous les moyens possibles, écrits, témoignages et présomptions de l'homme sans aucune garantie. Pourquoi cela ? C'est que premièrement dans le cas de l'art. 323, il n'y a ni titre, ni possession d'état ; donc la position de l'enfant est étrange : d'où la nécessité d'être prudent. Secondement l'accouchement est un fait isolé, presque secret ; la possession d'état se compose de faits multiples, constants et publics ; dès lors le faux témoignage serait à redouter dans le premier cas, il n'y a rien à craindre au contraire dans le second : les témoins sont nombreux, on ne conçoit pas qu'ils puissent tous se concerter pour mentir à la justice.

Ces motifs ont inspiré au législateur les dispositions de l'art. 323, dispositions exceptionnelles, qui ne peuvent s'appliquer à la possession d'état. Donc

quant à elle, nous rentrons dans le droit commun, et le témoignage est admis *de plano* (Paris 9 mai 1829, Dall. v^o *Paternité*, n^o 232; Toulouse 4 juin 1842 Dall. v^o *Paternité*, n^o 248).

Par une juste réciprocité les adversaires de l'enfant seront admis à opposer des témoins à ses témoins, et à démontrer que les faits allégués ne constituent pas une possession d'état suffisante, ou que l'enfant possède un autre état que celui qu'il prétend avoir.

Ils pourront même, une fois la possession d'état établie, combattre la preuve qui en résulte par la preuve contraire.

C'est ce qui résulte *a contrario* de l'art. 322. Cet article nous dit que l'état de l'individu, qui a un titre et une possession d'état conforme à ce titre, est inattaquable. D'où l'on conclut que l'état de celui qui n'a qu'un titre sans possession d'état, ou une possession d'état sans titre, est susceptible d'être attaqué.

Les intéressés pourront par conséquent prouver qu'aucun enfant n'est issu du mariage des prétendus parents, ou que l'enfant qui était issu de ce mariage est décédé. Enfin s'ils rapportent un titre de naissance contraire à l'état invoqué par le réclamant, toute la force probante de la possession d'état tombera nécessairement : car elle n'a de valeur que s'il n'existe pas de titre.

Nous disons nécessairement, parce que l'art. 320 est formel : « à défaut de titre », dit-il. Donc s'il y a

un titre, c'est lui qui l'emporte soit en faveur de l'enfant, soit contre lui. Mais cela ne veut pas dire que si l'enfant avait été inscrit sous de faux noms, il ne serait pas admis à le démontrer, non pas sans doute au moyen de la possession d'état, puisqu'elle a perdu toute sa force, mais par témoins, et en se soumettant aux règles de l'art. 323, c'est-à-dire avec un commencement de preuve par écrit.

Rien d'ailleurs de plus rationnel : il n'est pas probable que si l'enfant était véritablement issu de ceux qui lui ont donné la possession d'état, ils l'auraient fait inscrire sous de faux noms. Il est bien plus probable que l'enfant n'a pas l'état qu'il possède. La loi fait donc bien d'admettre l'enfant à se défendre, mais elle a raison d'exiger des garanties (art. 323).

§ 6. — *Comparaison de la possession d'état avec les autres preuves de la filiation légitime.*

Un premier avantage de la possession d'état sur le titre et le témoignage, c'est d'être une preuve plus vaste que les deux autres. Nous nous expliquons :

On sait que dans toute recherche d'une filiation légitime, quatre faits doivent être établis : 1^o le mariage des père et mère ; 2^o l'accouchement de la mère pendant le mariage ; 3^o l'identité du réclamant avec l'enfant dont elle est accouchée ; 4^o enfin la paternité.

Le titre n'établit qu'une chose : l'accouchement.

L'identité fait ensuite l'objet d'une preuve directe.

Quant au témoignage, il prouve également la naissance, souvent même les témoins appelés à déposer sur le fait de l'accouchement sont en même temps appelés à témoigner de l'identité de l'enfant ; mais en tout cas, il faut prouver cette identité.

Il n'en est pas de même de la possession d'état : non seulement elle fait présumer l'accouchement ; mais encore par cela même qu'elle existe, *ipso facto*, l'identité de l'enfant est démontrée.

Ni le titre ni le témoignage ne prouvent le fait de la paternité, elle s'établit par des présomptions de la loi, c'est-à-dire par voie de conséquence. La possession d'état d'enfant légitime au contraire prouve la filiation paternelle en même temps que la filiation maternelle. Il est même impossible, comme nous l'avons vu plus haut, qu'elle prouve l'une sans prouver l'autre.

La possession d'état a encore un autre avantage. Quand un enfant produit un acte de naissance, qui lui donne pour mère telle ou telle femme, le mari de cette femme peut faire tomber la présomption : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* par un désaveu fondé sur une impossibilité physique de cohabitation pendant le temps légal de la conception.

Lorsque c'est au moyen d'une enquête que la maternité de la femme est établie, le mari n'a pas besoin pour se défendre de recourir à l'action en désaveu, il peut le faire par tous les moyens propres à prou-

ver qu'il n'est pas le père de l'enfant (art. 323, C. c.).

Mais dans le cas où l'enfant a invoqué la possession d'état, sa filiation maternelle et paternelle est établie, son père a reconnu sa légitimité. Dès lors il ne peut plus être question de désaveu (art. 314, C. c.), excepté cependant dans le cas exceptionnel de l'absence du mari.

En revanche le titre a sur la possession d'état ce grand avantage que la possession d'état ne peut prouver contre le titre, et que s'il y a dissidence entre eux, c'est le titre qui l'emporte (art. 320, C. c.), sauf à l'enfant à écarter l'autorité du titre dans les termes de l'art. 323, qui autorise la recherche de la filiation même contre le titre.

Enfin, et c'est par là que se termine cette comparaison, le titre et la possession d'état ont cela de commun que lorsque la filiation est prouvée par l'un des deux isolément, la preuve contraire est possible. La loi ne le dit pas expressément; mais cela résulte évidemment par *a contrario* de l'article 323, qui déclare incontestable l'état de l'enfant, qui jouit à la fois d'un titre et d'une possession conforme à ce titre. C'est ce qui ressort encore, du moins pour l'acte de naissance, de l'art. 323, qui autorise l'enfant à prouver contre son titre, lorsqu'il a été inscrit soit sous de faux noms, soit comme né de père et de mère inconnus.

Concluons-en que si l'enfant entend se prévaloir de son acte de naissance ou de sa possession d'état,

les intéressés auront le droit de contester sa filiation, et que réciproquement, si l'enfant prétend que la filiation qui lui est attribuée par son acte de naissance ou sa possession d'état est fausse, il sera libre de réclamer son véritable état. Ce qui est permis contre l'enfant doit l'être à son profit.

CHAPITRE II.

DE LA POSSESSION D'ÉTAT COMME PREUVE DE LA FILIATION NATURELLE.

§ 1^{er}. — *Exposé de la question.*

Ici nous touchons à la question la plus importante et la plus controversée de cette étude; il s'agit de savoir si le Code civil admet la preuve de la filiation naturelle par la possession d'état.

Un homme et une femme non mariés ont eu un enfant qu'ils n'ont pas reconnu dans la forme authentique; mais ils l'ont constamment traité comme leur fils, ils lui ont donné le nom du père, ils l'ont élevé auprès d'eux, et l'ont toujours présenté dans le monde comme issu de leurs relations; en un mot, cet enfant a la possession d'état. Si plus tard sa filiation est contestée, peut-il, à défaut d'un acte de reconnaissance, invoquer cette possession d'état pour repousser ses adversaires?

Le Code a gardé le silence sur la possession d'état dans le chapitre consacré aux enfants naturels : de là une controverse très vive, qui a donné lieu à trois opinions.

De ces trois opinions une seule existait au début, et tous les auteurs qui les premiers interprétèrent le Code civil, sauf Toullier, reconnaissaient de concert

avec la jurisprudence que, dans les travaux préparatoires, le législateur avait clairement manifesté son intention de permettre la preuve de la filiation naturelle par la possession d'état. Cependant il y avait suivant eux à distinguer. La possession d'état d'enfant naturel, disaient-ils, ne peut point servir à prouver la paternité, puisqu'aux termes de l'art. 340 la recherche de la paternité est défendue. Elle peut au contraire par elle seule et indépendamment d'un commencement de preuve par écrit prouver la maternité; car à la différence de la recherche de la paternité, la recherche de la maternité est permise (art. 341). (Delvincourt, t. I, p. 90; Proudhon, t. II, p. 143; Duranton, t. III, n° 238; Paris, 27 juin 1812, S. 1812, II, 418; Rouen, 20 mai 1829; Dev. 1838, II, 6 en note; Cassation, 13 mars 1827, S. 1827, I, 444; Bordeaux, 10 janvier 1831; Dev. 1831, 2, 231; Bastia, 1^{er} décembre 1834; Dev. 1835, 2, 525).

Les choses en étaient là, lorsque M. Demolombe publia dans la *Revue de législation et de jurisprudence* (t. I, p. 427), un article resté célèbre qui renversait de fond en comble la doctrine généralement reçue jusqu'alors.

Vous convenez, disait à ses adversaires l'éminent jurisconsulte, que dans notre droit l'enfant naturel peut prouver sa filiation par la possession d'état. En cela nous sommes parfaitement d'accord. Mais pourquoi distinguez-vous entre le père et la mère? La recherche de la maternité est admise, dites-vous,

la recherche de la paternité ne l'est pas. Mais remarquez que l'art. 341 soumet la recherche de la maternité à un commencement de preuve par écrit, et que vous n'exigez pas ce commencement de preuve de l'enfant qui demande à prouver sa possession d'état. J'en conclus que suivant vous ce n'est pas rechercher sa filiation que de prouver sa possession d'état d'enfant naturel. Et si prouver qu'on est en possession de son état n'est pas rechercher cet état, dès lors il n'y a plus de raison pour distinguer. L'enfant naturel peut démontrer sa possession vis-à-vis de son père, comme il le peut vis-à-vis de sa mère.

L'argumentation de M. Demolombe était logiquement inattaquable. Aussi l'opinion, dont il s'était fait le défenseur, fut-elle adoptée par M. Valette (Valette sur Proudhon, t. II, p. 150, Explication du L. 1 du Code Napoléon, p. 185).

Mais la plupart des auteurs et la jurisprudence, peut-être un peu par défiance d'une idée nouvelle, aimèrent mieux méconnaître l'intention du législateur, qu'ils avaient d'abord trouvée manifestement exprimée dans les travaux préparatoires, et se jeter dans une voie absolument opposée. La Cour de cassation elle-même, qui eut à se prononcer plusieurs fois sur cette grave question, déclara que ni vis-à-vis du père, ni vis-à-vis de la mère, la possession d'état n'était une preuve de la filiation naturelle (Cassation, 17 février 1851, S. 1851, 1, 161; Req. 16 décembre 1861, S. 62, 1, 253).

C'était dans une certaine mesure un triomphe pour la doctrine nouvelle. M. Demolombe n'avait pas réussi sans doute à faire admettre la preuve par possession d'état, mais du moins avait-il forcé les auteurs et la jurisprudence à la logique.

A l'heure actuelle, deux opinions principales restent donc en présence. Ce sont les deux extrêmes, il n'y a point place pour l'opinion intermédiaire.

§ 2. — *Examen des travaux préparatoires.*

Les travaux préparatoires du Code ont ici plus d'importance que partout ailleurs, puisque la loi étant silencieuse, il faut nécessairement se demander quelle a été l'intention du législateur.

A la séance du 26 brumaire an X, on discutait l'art. 6 du projet ainsi conçu : « La loi n'admet point la recherche de la paternité non avouée. » (Locré, t. VI, p. 30).

« Le ministre de la justice fait remarquer qu'il est nécessaire d'expliquer les mots de l'article *paternité non avouée*. Ils semblent ne faire résulter l'aveu que d'une reconnaissance inscrite sur le registre public, et cependant cet aveu peut résulter encore d'écrits privés du père et d'autres circonstances. »

C'était reconnaître de la façon la plus nette et la plus absolue la puissance de la possession d'état. L'aveu peut résulter non-seulement d'une recon-

naissance inscrite sur les registres publics, mais encore d'autres circonstances. Or, qu'est-ce que ces circonstances, si ce n'est l'ensemble des faits qui constituent une possession d'état ?

Et qu'on le remarque bien, aucune objection n'est faite au ministre de la justice, le procès-verbal n'en porte pas trace, tous les membres du Conseil d'État sont du même avis, et M. Boulay, rapporteur de la commission, adopte purement et simplement l'amendement proposé par le ministre (Locré, t. VI, p. 123).

Il s'ensuit que dans la deuxième rédaction et plus tard dans le Code, les mots « paternité non avouée » sont supprimés ; ce qui désormais doit faire disparaître toute espèce d'amphibologie.

Ce n'est pas tout. Dans cette même séance du 26 brumaire an X, dans le même procès-verbal, à deux pages d'intervalle, on trouve la discussion qui eut lieu sur l'art. 7 du projet correspondant à l'article 131 de notre Code. Après avoir dit que l'enfant méconnu par sa mère avait la faculté de prouver contre elle sa filiation, l'art. 7 ajoutait.

« Cette filiation ne pourra résulter que de l'accouchement de la mère, et de l'identité du réclamant avec l'enfant dont la mère est accouchée.

« Le réclamant ne pourra être admis à la preuve testimoniale de ces faits, s'il n'a un commencement de preuve par écrit ou une possession constante de la qualité de fils naturel de la mère qu'il réclame ».

Si cette disposition avait été maintenue, l'intention du législateur serait évidente : la possession d'état ne constituerait pas à elle seule une preuve de la filiation, mais elle fournirait au réclamant le droit de recourir à la preuve testimoniale sans avoir un commencement de preuve écrite.

Mais sur la demande de Portalis, la dernière partie de l'article a été supprimée. On n'a pas voulu faire de la possession d'état une semi-preuve, mais une preuve complète. Écoutez du reste ce que disait Portalis.

« La possession constante est une preuve de l'état.
« En général, toutes les fois qu'on jouit de son état
« constamment, publiquement et sans trouble, on a
« le plus puissant de tous les titres : il serait donc
« absurde de présenter la possession constante
« comme un simple commencement de preuve, puis-
« que cette sorte de possession est la plus naturelle
« et la plus complète de toutes les preuves. Des faits
« de possession isolés, passagers et purement indica-
« tifs peuvent n'être qu'un commencement de preuve;
« mais il y a preuve entière, lorsqu'il y a possession
« constante. » (Locré, t. VI, p. 125).

Peut-on s'exprimer d'une façon plus catégorique, et rendre un plus juste et plus parfait hommage à la possession d'état? Aussi tout le monde se range à l'avis de Portalis, pas une voix ne s'élève pour protester, et dans la rédaction suivante il n'est plus question que du commencement de preuve par écrit.

Nous avons donc le droit de conclure que dans l'esprit du législateur la possession d'état fait preuve complète de la filiation naturelle, même vis-à-vis du père; car bien que les paroles rapportées ci-dessus n'aient été prononcées qu'à l'occasion de la maternité, elles ont un sens absolument général, et les raisons sont les mêmes de décider pour le père ce qu'on décide pour la mère. Personne d'ailleurs ne conteste ce point.

En vain les partisans de la négative ont-ils essayé d'échapper aux travaux préparatoires, qui les accablent; malgré les doutes qu'ils ont cherché à faire planer sur la volonté du législateur, cette volonté reste parfaitement claire et parfaitement tranchée.

C'est ainsi qu'ils prétendent qu'en supprimant dans l'art. 341 les termes que le projet primitif consacrait à la possession d'état, les rédacteurs n'ont pas voulu faire droit à l'opinion de Portalis.

En effet, disent-ils, dans la séance du 26 brumaire, an X, après que Portalis eut exprimé son opinion, Berlier soutint la rédaction critiquée; à la suite de ses observations elle fut adoptée. Ainsi dans cette séance, le Conseil d'État repoussa le système proposé par Portalis.

Or, voici ce que rapporte le procès-verbal (Loché T. IV, p. 126):

« Berlier pense qu'il convient de maintenir ces
« mots : *preuve par écrit*.

« Ce n'est pas ici comme dans le cas où un enfant

« réclame les droits de la légitimité, alors toute
« espèce de preuve doit être admise; mais si l'on
« donne la même latitude aux enfants nés hors ma-
« riage, on expose la femme à craindre une action
« flétrissante pendant tout le cours de sa vie. Il est
« donc nécessaire de modérer cette action, afin qu'elle
« n'entraîne pas d'abus, et dès lors il convient d'exi-
« ger un commencement de preuve par écrit ou *des*
« *faits de possession.* »

Que résulte-t-il de ces paroles ? Le voici : Berlier demande que l'on prenne plus de précautions à l'égard de l'enfant naturel qu'à l'égard de l'enfant légitime, il veut que l'enfant naturel ne soit admis à prouver par témoins sa filiation maternelle que lorsqu'il a un commencement de preuve par écrit, tandis que des présomptions ou indices graves, résultant de faits dès lors constants, suffisent pour rendre la preuve testimoniale admissible en faveur de l'enfant légitime.

C'est l'opinion qui a été consacrée dans les art. 323 et 341.

Mais Berlier veut-il critiquer la pensée que Portalis a émise, et que tous ont acceptée ? non assurément, car il est de son avis.

En effet, après avoir dit tout d'abord qu'il convient de maintenir les mots *preuve par écrit*, ce qui prouve bien que la possession d'état n'était pas l'objet de la discussion, Berlier se rappelant sans doute la distinction qu'avait faite Portalis entre la posses-

sion d'état et des faits isolés de possession, termine en disant qu'il est nécessaire d'exiger ou un commencement de preuve par écrit ou des *faits de possession* et non pas une possession constante comme le demandait le projet.

Du reste, si ceux dont nous combattons l'opinion avaient raison, si la rédaction primitive avait été adoptée, comment expliquer que la deuxième rédaction ne fasse plus mention de la possession d'état considérée comme un commencement de preuve ?

Battus sur ce terrain, les partisans de la négative ont cru pouvoir se retrancher derrière la discussion, qui eut lieu à propos de la seconde rédaction.

Après avoir été communiqué au Tribunat, le projet revenait devant le Conseil d'État, et dans la séance du 29 fructidor an X, on délibérait sur l'art. 23, dont voici les termes : « La reconnaissance du père, si elle est désavouée par la mère sera de nul effet. » (Locré, t. VI, p. 148).

Nous n'avons pas besoin de remarquer que cet article n'avait nullement trait à la possession d'état, et que s'il en a été question, ce n'est qu'incidemment. Le véritable siège de la matière se trouve dans le résumé de la séance du 26 brumaire an X; c'est là qu'on a discuté la valeur probante de la possession d'état.

Mais laissons de côté cette remarque, et suivons les partisans de l'opinion contraire sur le terrain qu'ils ont choisi.

« La reconnaissance du père, si elle est désavouée par la mère, sera de nul effet. » Le Consul Cambacérès trouve que la règle est trop absolue. Il ne faut pas, dit-il, que la mauvaise volonté de la mère paralyse la bonne intention du père.

Et aussitôt chacun se met en devoir de chercher des restrictions à ce droit de désavouer. Cambacérès propose de rendre inadmissible le désaveu de la mère, quand la reconnaissance du père s'appuie sur des prénoms qui démontrent la fausseté du désaveu.

Emmery fait un pas de plus, et pense qu'il ne faut donner aucun effet au désaveu de la mère, quand il est démenti par son aveu antérieur.

Mais de quoi résultera cet aveu ? C'est à cette question que Portalis répond : « Qu'il est des circonstances qui ne sont pas moins fortes que l'aveu positif pour opérer la conviction. Telles sont, par exemple, l'éducation, les soins donnés à l'enfant, en un mot ce qu'on appelle le *traitement*. » (Locré, t. VI, p. 164).

En d'autres termes, quand une mère aura permis qu'un individu donne à son enfant la possession d'état d'enfant naturel, elle sera non recevable à venir dire ensuite que cet homme n'est pas le père de son enfant. Voilà, si nous ne nous trompons, le sens des paroles de Portalis. La suite de la discussion ne laisse aucun doute à ce sujet.

Emmery n'est pas de l'avis de Portalis. « Il croit qu'il est contre l'ordre que la reconnaissance

(reconnaissance qui résulte de la possession d'état) de celui qui se prétend père de l'enfant prévale sur le désaveu formel de la mère. »

Mais Cambacérès répond « qu'il est difficile de concevoir comment on blesserait les principes en admettant pour preuve la possession d'état acquise à un enfant illégitime contre son père. »

Et Berlier lui-même, celui qu'on présentait tout à l'heure comme l'adversaire acharné de la possession d'état, « reconnaît et avoue que lorsque l'enfant a été traité comme tel par celui qui ensuite s'en déclare le père, le tout au vu et au su d'une mère, qui n'aurait point contesté cette possession d'état, une telle mère doit être déclarée non recevable dans son désaveu. »

De tout cela les adversaires de notre doctrine tirent cette singulière conclusion, que Portalis qui dans la séance du 26 brumaire avait proposé de faire de la possession d'état une preuve complète de la filiation, s'est contenté ensuite de demander qu'elle mette la reconnaissance du père à l'abri du désaveu de la mère ; que Cambacérès a parlé dans le même sens, et que tous ont abandonné l'idée d'attribuer à la possession le rôle qu'on avait rêvé pour elle dans une précédente séance.

Comme si vraiment ces deux rôles avaient quelque chose d'incompatible ! La possession d'état est une reconnaissance parfaite, dit Portalis, au 26 brumaire an X, elle doit faire preuve de la filiation paternelle

et maternelle. Bien plus, ajoute-t-il le 29 fructidor, quand le père aura traité l'enfant comme sien au vu et au su de la mère, le désaveu de la mère ne sera plus admissible. Cette reconnaissance sera plus inattaquable que la reconnaissance authentique.

Y a-t-il là quelque chose de contradictoire? Il nous semble, quant à nous, que loin d'être diminué, le rôle de la possession d'état s'agrandit.

Reste enfin l'exposé des motifs fait au nom du Conseil d'État devant le Corps législatif à la séance du 20 ventôse de l'an XI; les paroles prononcées par l'orateur du Gouvernement doivent, paraît-il, faire disparaître toute espèce d'incertitude. Or, après avoir rappelé que le droit intermédiaire avait prohibé la recherche de la paternité, voici comment s'exprimait Bigot-Préameneu : « Dans la loi proposée, cette sage disposition a été maintenue. La paternité ne pourra être établie contre le père que par sa propre reconnaissance, et encore faudra-t-il, *pour que les familles soient à l'abri de toute surprise*, que cette reconnaissance ait été faite ou par l'acte même de naissance ou par un acte authentique. » (Locré, t. VI, p. 213).

Plusieurs partisans de la négative ont cité le texte en supprimant les mots : *pour que les familles soient à l'abri de toute surprise*; ils ont eu grand tort, à notre avis, car cette phrase incidente explique toute la pensée de Bigot-Préameneu.

Ce n'est pas la possession d'état qu'il oppose à la

reconnaissance, les familles n'ont pas de surprise à redouter de sa part, et celui qui, tous les jours pendant dix ans, vingt ans, trente ans peut-être, a prodigué des soins paternels à son fils ne peut pas prétendre qu'il n'a pas eu le temps de réfléchir.

La recherche de la paternité est interdite, on ne peut pas, à l'aide du témoignage, attribuer à qui que ce soit une paternité naturelle. La paternité ne peut s'établir que par une reconnaissance libre et volontaire, et, *pour éviter toute surprise*, cette reconnaissance ne peut avoir lieu par acte sous seing privé. Tel est certainement le sens des paroles invoquées dans le camp adverse. Bien loin de renverser notre doctrine, elles la confirment, et nous fourniront plus tard un argument.

D'ailleurs ce n'est pas Bigot-Préameneu qu'on aurait dû citer, il ne pouvait pas avoir la pensée d'écarter en matière de filiation naturelle l'importance décisive de la possession d'état, lui qui dans le même exposé des motifs (Locré, t. VI, p. 200) lui avait rendu un si éclatant hommage. Écoutons-le : « Le genre de preuve le plus ancien, disait-il, « celui que toutes les nations ont admis, celui qui « embrasse tous les faits propres à faire éclater la « vérité, celui sans lequel il n'y aurait plus rien de « certain ni de sacré parmi les hommes, c'est la « possession d'état. »

Il est vrai que c'est à propos de la filiation légitime que l'orateur se livrait en quelque sorte à cet

enthousiasme, mais il n'est pas une de ses paroles qui ne s'applique parfaitement à la filiation naturelle.

Eh bien ! quand on entend ce concert unanime des rédacteurs, quand on voit des Portalis, des Boulay, des Cambacérès, des Bigot-Préameneu adresser de pareils éloges à la possession d'état, on a le droit d'affirmer qu'ils l'admettaient comme preuve de la filiation naturelle.

Qu'on pardonne, à cause de son importance capitale, cet examen beaucoup trop long des travaux préparatoires, et qu'on nous permette une dernière et très courte observation ; il est tout à fait digne de remarque que les rédacteurs du Code, au lieu de dire par exemple : l'enfant *qui n'a pas été reconnu par sa mère* aura la faculté de prouver contre elle sa filiation, ce qui pourrait ne s'entendre que de l'enfant qui n'a pas été reconnu par un acte authentique, disent : l'enfant *méconnu* par sa mère aura la faculté de prouver contre elle sa filiation. \

Or, si comme c'est probable les rédacteurs parlaient un langage compréhensible, cela veut dire que l'enfant qui n'a ni acte authentique, ni possession d'état, peut rechercher sa filiation maternelle. Quant à celui qui est en possession de son état, le législateur ne s'en occupe pas, il a sa preuve toute faite tout comme celui qui a un acte authentique : car on ne peut pas dire de lui qu'il est *méconnu*.

Il faut ajouter enfin que, soit dans le cours de la discussion, soit dans les textes du projet lui-même,

par exemple dans les art. 6 et 7, on parle toujours dans ces termes généraux : *enfant méconnu, paternité non avouée*.

§ 3. — *Examen des textes.*

L'intention du législateur n'est donc pas douteuse, et malgré le silence qu'a gardé le Code sur la possession d'état en matière de filiation naturelle, on pourrait à la rigueur s'en tenir à l'examen des travaux préparatoires : car s'il est vrai que l'esprit de la loi domine sa lettre, à plus forte raison doit-il dominer son silence.

Cependant les adversaires de la possession d'état insistent et demandent un texte. Un texte ? mais d'abord est-ce bien à nous qu'il incombe d'en chercher un ?

En droit, c'est un principe général et absolu que la possession fait présumer le droit jusqu'à preuve contraire.

Ce principe reçoit son application en matière d'état comme en toute autre matière. La preuve en est qu'il est formellement consacré dans l'art. 320. Il est vrai que cet article ne se trouve pas dans le chapitre des enfants naturels ; mais qu'importe ! Si le législateur a cru devoir le classer dans le chapitre des enfants légitimes, c'est qu'il amenait naturellement la définition de la possession d'état qu'il était bon de donner dès le début, et qu'en outre il lui

permettait d'édicter la règle de l'art. 322, toute spéciale à la filiation légitime. Un article identique n'était pas nécessaire dans le chapitre III.

C'est donc aux partisans de l'autre opinion qu'il incombe d'apporter un texte qui déroge au principe général. Le silence du Code ne suffit pas pour y déroger, il faut un texte formel, car toutes les fois que la loi fait exception à la règle, elle le dit expressément, comme elle l'a fait à l'art. 195 pour le mariage.

Ce texte n'existe pas. Nous, nous en avons un, c'est l'art. 320.

Qu'on ne dise pas que cet article ne peut pas s'étendre à la filiation naturelle : il n'y a pas de bonne raison qui s'y oppose. Dans le chapitre II relatif à la filiation légitime, la loi s'est placée à un point de vue général. C'est dans ce chapitre qu'elle a tracé les règles communes à la filiation légitime et la filiation naturelle. Elle ne distingue pas lorsqu'elle dit à l'art. 326 : « Les tribunaux civils seront seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état. » Elle ne distingue pas non plus lorsqu'elle dit à l'art. 327 : « L'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état. » On pourrait continuer ainsi et démontrer que la plupart des articles du chapitre II sont applicables aux enfants naturels, mais à quoi bon ? puisque ceux-là mêmes dont nous combattons la doctrine sont forcés de compléter le chapitre III par les dispositions du

chapitre II sous peine de lacunes considérables.

C'est qu'en effet il n'y a dans la section II que des règles absolument spéciales à la filiation naturelle, et particulièrement en ce qui concerne les preuves de cette filiation, nous ne trouvons que des dérogations totales ou partielles aux règles établies pour les enfants légitimes. Pour l'enfant légitime c'est l'acte de naissance qui fait preuve de la filiation (art. 319), pour l'enfant naturel c'est l'acte de reconnaissance (art. 334) ; pour l'enfant légitime la recherche de la paternité n'est pas défendue (art. 323), pour l'enfant naturel cette recherche est interdite (art. 340) ; pour l'enfant légitime enfin la réclamation d'état n'exige pour être recevable qu'un commencement de preuve par écrit, ou des présomptions ou indices graves résultant de faits dès lors constants (art. 323), pour l'enfant naturel au contraire la recherche de la maternité n'est admise qu'avec un commencement de preuve par écrit.

Le législateur a donc clairement manifesté sa pensée : le chapitre II contient des règles générales, le chapitre III ne contient que des dispositions exclusivement propres à la filiation naturelle ; il a voulu qu'on complète l'un par l'autre, et devant cette volonté indiscutable tout principe doit fléchir, même celui qui dit que les preuves sont de droit étroit.

C'est en vain qu'on cherche à empêcher d'étendre l'art. 320. « Si le Code est muet, dit M. Marcadé, dans un article publié dans la *Revue critique* de 1851

(*Revue critique*, t. I, p. 450), son silence a une signification. Les principes nous disent assez que la preuve des filiations naturelles est loin d'être aussi favorable que celles des filiations légitimes. »

Certes ! il serait inutile de nier cette préférence de la loi pour les enfants légitimes, personne n'ignore que la société est intéressée à tout ce qui regarde l'organisation des familles, et nous sommes les premiers à reconnaître que les enfants naturels ne pouvaient pas être placés sur le même rang que les enfants légitimes ; mais nous croyons qu'il n'est pas permis d'exagérer la sévérité des règles expressément formulées par le législateur. Ce serait prendre sa place.

Qu'on observe quelle est déjà la situation de l'enfant naturel ! Pour lui l'acte de naissance ne fait pas foi de la filiation, pour lui la recherche de la paternité est interdite et la recherche de la maternité n'est admise qu'avec de très-fortes restrictions, pour lui enfin il n'y a qu'une part restreinte dans la fortune paternelle ou maternelle ; et l'on veut encore surenchérir ! Non, la morale n'exige pas cela. L'intérêt social est satisfait, et la loi ne peut pas voir froidement l'abandon des enfants naturels, car ils sont les victimes innocentes de la faute de leurs parents.

Après M. Marcadé, ce sont MM. Aubry et Rau et la Cour de Caen (Caen, 1^{er} mars 1860, Devill., 1860, II, p. 144) qui prétendent que si le législateur n'a

pas parlé de la possession d'état dans notre matière, c'est qu'il a pensé qu'elle n'aurait pas la même valeur qu'en matière de filiation légitime, où l'enfant doit prouver qu'il possède son état non-seulement vis-à-vis de son père et de sa mère mais encore de toute sa famille.

La réponse est facile : l'art. 321 n'a rien d'impératif, ni rien d'absolu, tout le monde en convient. Dès lors, si la possession d'état est une question de fait et d'appréciation pure, il suffit que les trois caractères visés par le Code : *nomen*, *tractatus* et *fama* puissent se rencontrer dans la possession d'état d'enfant naturel pour que cette possession soit admise au rang des preuves.

D'ailleurs, c'est au point de vue des relations de fait qu'il faut se placer. Sans doute, en droit, l'enfant naturel n'a pas de famille, bien qu'on puisse dire qu'elle se compose de son père et de sa mère ; mais quelqu'un niera-t-il que si les parents de ses père et mère, si ses frères par exemple le regardent comme un des leurs, cela constitue en sa faveur une possession d'état ? Ce serait nier l'évidence.

On doit même aller plus loin et dire que cette possession a plus de valeur que celle de l'enfant légitime, parce que la famille de l'enfant naturel est non seulement pécuniairement, mais encore et surtout moralement intéressée à nier sa filiation. On se rappelle les paroles de M. Bonnier : « Il a fallu se mettre au-dessus du blâme de l'opinion, souvent

plus sévère pour le scandale que pour la faute même. »

§ 4. — *La possession d'état constitue-t-elle une recherche ou une reconnaissance de la filiation naturelle ?*

On a dit, et c'est l'un des arguments sur lesquels les adversaires de l'affirmative fondent leurs plus grandes espérances, que la preuve par la possession d'état constituait une recherche de la filiation. Or, aux termes de l'art. 340, la recherche de la paternité est interdite, donc la possession d'état est inadmissible comme preuve de la paternité; aux termes de l'art. 341, la recherche de la maternité n'est admise qu'à la condition préalable de présenter un commencement de preuve par écrit, donc la possession d'état ne peut être admise qu'à la même condition comme preuve de la maternité naturelle. Les partisans de l'affirmative soutiennent au contraire que la possession d'état est une reconnaissance, et que l'enfant qui l'invoque ne peut pas *rechercher* un état qu'il *possède*. Mais avant d'aller plus loin, il faut répondre au reproche qu'on leur adresse de faire un cercle vicieux. Oui en *fait*; dit-on, l'enfant naturel a certainement été reconnu par cette série d'aveux qui constituent la possession d'état, mais en *droit* a-t-il ou n'a-t-il pas cet état? Cela dépend précisément du point de savoir si la possession prouve la

filiation, et c'est résoudre la question par la question que d'affirmer que dans ce cas l'enfant a la preuve toute faite.

Ce reproche ne nous paraît pas mérité. Sans doute si nous nous contentions d'affirmer que la possession d'état étant une reconnaissance de fait n'est pas une recherche en droit, nous ferions une pétition de principe, et nous n'aurions rien prouvé. Mais si, par des arguments tirés de la loi elle-même, nous établissons qu'en *droit* comme en *fait* la preuve par la possession d'état n'est pas une recherche, que devient alors l'imputation des partisans de l'opinion contraire? Nous pouvons alors la retourner contre eux, et leur demander si ce n'est pas résoudre la question par la question que d'affirmer, comme ils le font, que la preuve par la possession d'état constitue ce que la loi appelle une recherche.

Dans le langage de la loi, la preuve par la possession d'état est toujours distincte de la recherche ou réclamation d'état. C'est ainsi que l'art. 323 déclare que ce n'est qu'à défaut de possession constante que l'enfant légitime pourra réclamer son état, c'est-à-dire prouver sa filiation par témoins. Il est vrai que l'art. 323 ne prononce pas le mot réclamation d'état, mais l'art. 325 désigne sous le nom de *réclamant* l'enfant qui a recours au témoignage pour rechercher son état, et nulle part on ne trouve ce terme pour désigner l'enfant qui a un titre ou une possession d'état. Du reste la plupart des auteurs accor-

dent qu'on n'appelle à proprement parler réclamation d'état, que la preuve de l'état par le témoignage.

En matière de filiation légitime, la loi établit une différence bien tranchée entre la réclamation et la possession d'état. Bien que dans un cas comme dans l'autre la preuve consiste en des témoignages, elle n'accepte les uns qu'avec défiance, tandis qu'elle accueille les autres sans aucune espèce de garantie. C'est que dans la réclamation d'état il faut prouver un fait unique et passager, l'accouchement, et que la possession d'état se compose de faits multiples, continus, successifs.

Dès lors que décider en matière de filiation naturelle, où la recherche, c'est-à-dire la preuve par témoins, est aussi pleine de *scandale* que d'incertitude ? Rationnellement la loi doit être plus sévère à l'égard de la recherche qu'en matière de filiation légitime, mais doit-elle également se montrer circonspecte envers la possession d'état ? On n'en voit pas le motif, puisqu'à la différence de la recherche, la possession d'état ne laisse à redouter ni le scandale, ni l'incertitude. Il ne s'agit plus en effet de prouver que tel homme a eu des relations avec telle femme, ou que telle femme est accouchée à une certaine époque, mais bien de savoir si oui ou non l'enfant a été traité par son prétendu père ou par sa prétendue mère comme un enfant naturel.

Aussi quand la loi dit à l'art. 340 : La recherche de la paternité est interdite ; quand elle décide à

l'art. 341 que la recherche de la maternité n'est admise qu'à la condition préalable d'avoir un commencement de preuve par écrit, sa pensée est celle-ci : l'acte de la génération est quant au père un fait mystérieux, la preuve en est scandaleuse, interdisons la recherche de la paternité. Au contraire la maternité est un fait qui se produit par lui-même, mais il offre le même scandale, n'en permettons la preuve par témoins qu'avec de fortes restrictions. Mais par là la loi a-t-elle entendu proscrire la possession d'état ? Personne ne peut l'affirmer. Il faut avouer qu'elle eut été singulièrement illogique cette loi qui admet la recherche de la paternité dans le cas d'enlèvement ! (art. 340, alinéa 2). Il s'agit bien là d'une recherche, et cependant la loi l'autorise ! Comment alors ne tiendrait-elle pas compte de la possession d'état, qui ne présente aucun des inconvénients de la recherche ?

Le droit intermédiaire fournit encore un argument des plus forts. On se rappelle que le décret du 12 brumaire an II défendait absolument la recherche de la paternité ; il divisait les enfants naturels en deux catégories : ceux dont le père était mort avant le 12 brumaire an II, et ceux dont le père devait survivre à la promulgation du Code. Aux premiers l'art. 8 du décret permettait la preuve par la possession d'état ; les droits et l'état des seconds restaient en suspens et devaient être réglés par les dispositions du Code. De ceux qui n'avaient pas encore perdu leur père à la promulgation du décret de

l'an II, mais qui devaient le perdre avant celle du Code, le décret ne parlait pas. Nous savons que néanmoins le ministre de la justice assimilait cette troisième classe à la deuxième catégorie d'enfants naturels.

La solution donnée par le ministre peut paraître fort contestable, puisqu'à la date du 24 août 1793 un projet de Code avait déjà été discuté et arrêté, projet qu'on s'attendait à voir adopter par la Convention le lendemain même de la loi du 12 brumaire. Mais la Convention suspendit la promulgation du Code, et renvoya le projet à une commission pour le réviser.

Il est donc absolument certain que c'est avec intention que les rédacteurs du décret de brumaire passaient sous silence la troisième classe d'enfants citée plus haut. Ils n'avaient pas à s'en occuper : car le Code devait suivre de si près le décret que cette troisième classe ne devait pas exister.

Mais peu importe ! acceptons cette solution. Dans la doctrine opposée on tire du décret la conclusion suivante : l'art. 8 maintenait la possession d'état, mais dans une hypothèse unique, celle où l'enfant voudrait prouver sa filiation par rapport à son père décédé au moment de la promulgation du décret. Au contraire dans tous les autres cas, la preuve par la possession d'état devait être désormais rejetée.

Certes ! il faut avouer que la Convention, sous l'empire d'un esprit de réaction exagérée, trop justement provoquée par les scandales du passé, pré-

jugeait la question dans un sens qui aurait été défavorable à la possession d'état; mais faut-il donc rappeler que les rédacteurs du Code plus éloignés des exemples regrettables dont nous venons de parler, et par conséquent moins obsédés par l'esprit de réaction, ont suivi le système exactement contraire à celui de la Convention?

A ce point de vue, il n'y a donc point à s'occuper de la loi de brumaire; mais il est une conséquence qu'on peut en tirer, et cette conséquence est indiscutable, c'est qu'en l'an II comme en 1804, le législateur ne confondait pas la recherche et la possession d'état, car c'est précisément de l'art. 8, qui permettait cependant la preuve par la possession d'état, qu'on induit l'interdiction de la recherche de la paternité. C'est là seulement ce qu'il faut conclure du décret de l'an II.

Enfin le législateur de 1804 ne considérait pas lui-même la possession d'état comme une recherche. En veut-on la preuve? Après avoir interdit la recherche de la paternité, le projet du Code permettait à l'article 7, qui est devenu notre art. 341, la recherche de la maternité. Puis, dans le même article, la possession d'état d'enfant naturel était présentée au même rang que le commencement de preuve par écrit, comme un simple adminicule rendant admissible la preuve par témoins. C'est donc que dans l'esprit des rédacteurs la possession d'état ne se confondait pas avec la recherche, sans cela elle aurait à elle seule

constitué une recherche, et n'aurait pas été réduite à ce rôle infime de rendre admissible la preuve testimoniale.

Il est donc suffisamment établi que la preuve par la possession d'état ne constitue pas une recherche de la filiation au sens technique du mot. Il va sans dire que si les adversaires de l'enfant contestaient sa possession, la preuve par témoins que l'enfant serait obligé de faire, ne deviendrait pas pour cela une recherche, pas plus qu'on ne peut dire que quand l'acte de reconnaissance est contesté par le père, la prétention de l'enfant est une recherche. Autrement on arriverait à ce résultat inadmissible qu'il suffit à un adversaire d'élever la voix pour empêcher l'enfant de prouver sa filiation paternelle par la possession d'état, ou pour soumettre la preuve de sa filiation maternelle à la condition du commencement de preuve par écrit.

Si la preuve par la possession d'état n'est pas une recherche de la filiation, est-ce un mode de preuve spécial, ou n'est-ce pas plutôt une reconnaissance ? Puisque le Code a gardé le silence, ici encore il faut s'inspirer des travaux préparatoires. Il n'est pas douteux que dans l'esprit du législateur la reconnaissance authentique et la possession d'état étaient toutes deux considérées comme un aveu de la filiation. Il suffit pour s'en convaincre de remarquer les termes généraux dans lesquels il confondait à chaque instant la reconnaissance positive et la posses-

sion d'état : ici c'est l'enfant *méconnu*, là-bas c'est la *paternité non avouée*, plus loin c'est Portalis qui dit : « Il est des circonstances qui ne sont pas moins fortes que l'aveu positif » etc.

Dès lors qu'est-ce qui empêcherait de dire que la possession d'état est une reconnaissance ? L'art. 334 ne s'y oppose pas. Cet article dit bien que la reconnaissance sera faite par un acte authentique, quand elle ne l'aura pas été dans l'acte de naissance ; mais que faut-il en conclure, si ce n'est que, *pour que les familles soient à l'abri de toute surprise*, comme le disait Rigot-Préameneu en exposant les motifs de l'art. 334, nulle reconnaissance ne peut avoir lieu par acte sous seing privé ? Personne n'oserait affirmer que cet article exclut la possession d'état.

Il est maintenant bien facile d'échapper à un écueil contre lequel on voudrait nous jeter. Si vous voulez être logiques, dit-on, allez jusqu'au bout de votre système. La loi n'ayant rien dit de la possession d'état d'enfant adultérin ou incestueux, admettez-la comme preuve de la filiation adultérine ou incestueuse.

Oui, si nous admettions que la possession d'état est un mode de preuve spécial et distinct de la reconnaissance, nous serions forcés d'en venir à cette conséquence. Mais, suivant nous, la possession d'état constituant une reconnaissance, elle est soumise à la règle de l'art. 335, et l'enfant incestueux ou adultérin ne peut évidemment l'invoquer.

§ 5. — *Supériorité de la possession d'état
sur le titre.*

Est-il besoin maintenant d'énumérer les avantages par lesquels la reconnaissance qu'on appelle possession d'état se montre supérieure à la reconnaissance par acte authentique ? Chacun sait que l'enfant qui apporte un titre doit prouver qu'il est identiquement le même que celui qui est désigné dans ce titre, tandis que l'enfant qui prouve qu'il est en possession de l'état d'enfant naturel de tel homme ou de telle femme n'a pas à faire la preuve de son identité ; que le titre étant l'ouvrage d'un moment, peut être le résultat d'une surprise ou d'un entraînement, mais que la possession d'état, par cela même qu'elle est persévérante et continue, ne peut être que l'effet d'un consentement librement réfléchi. Chacun sait enfin que l'acte de reconnaissance peut rester enfoui dans les minutes d'un notaire et demeurer secret, tandis que la possession d'état se composant de faits quotidiens, qui se passent au grand jour, la reconnaissance qui en résulte est nécessairement publique.

Aussi Cochin parlant du titre et de la possession d'état, s'écriait-il dans l'affaire Bourgelat : « C'est
« sur ces deux genres de preuves que porte l'état des
« hommes. Celle de la possession publique est la
« plus ancienne et la moins sujette à l'erreur ; celle
« des registres publics est la plus nouvelle et la
« plus authentique ; mais la possession d'état est

« celle qui forme toujours la preuve la plus éclatante et la plus décisive. »

On a cependant contesté cette supériorité. M. Marcadé, dans son article déjà cité de la *Revue critique*, argumente de ces mots de l'art. 320 : « A défaut de titre, la possession d'état suffit, » pour en conclure que la possession n'est aux yeux du Code, qu'une preuve subsidiaire et par conséquent inférieure au titre.

On sait déjà comment il faut entendre l'art. 320 : il suffit de citer ici l'explication qu'en donne Bigot-Préameneu dans l'exposé des motifs, pour rappeler que la loi n'entend en aucune façon nier dans cet article les avantages de la possession d'état :

« L'usage des registres publics, dit-il, n'est pas
« très ancien, et c'est dans des temps plus modernes
« encore qu'ils ont commencé à être tenus plus
« régulièrement. Ils ont été établis en faveur des
« enfants, et seulement pour les dispenser d'une
« preuve moins facile. » (Locré, t. VI, p. 200).

Nous ne pouvons nous empêcher en terminant, de souhaiter ardemment qu'une loi vienne mettre fin à cette déplorable controverse. Le système actuellement suivi par la jurisprudence conduit à des injustices si criantes, qu'il est à désirer qu'un texte formel range enfin la possession d'état parmi les preuves de la filiation naturelle. Combien d'enfants naissent de ces unions irrégulières, qui ont toutes les apparences extérieures du mariage? Le père et

la mère meurent sans les avoir reconnus dans la forme authentique, et voilà ces malheureux écartés de la succession de leurs parents par des collatéraux peut-être éloignés. En ce qui concerne la succession paternelle, le mal est irréparable, puisque la recherche de la paternité est interdite. Quant à la possibilité de rechercher la mère, elle s'évanouira également si l'enfant n'a pas de commencement de preuve par écrit, et on sait que les personnes vivant en concubinage sont souvent illettrées.

Qu'on dise ce résultat à un homme du monde, il sera profondément étonné que l'enfant, à qui son père et sa mère ont prodigué les soins les plus tendres pendant vingt ou trente ans, se trouve absolument délaissé lorsque vient leur mort !

On a cependant objecté qu'il est bien rare que celui qui a la possession d'état ne soit pas reconnu ; mais d'abord cela peut arriver, et ensuite l'enfant peut ignorer l'officier public qui a reçu la reconnaissance, enfin les registres ont pu être détruits ou perdus. Dans tous ces cas que deviendra l'enfant si on ne lui accorde pas la preuve par la possession d'état ?

Sa position est si critique que la jurisprudence elle-même s'en est émue, et n'a pas hésité à faire fléchir la rigueur de son opinion devant la nécessité des circonstances. C'est ainsi qu'il a été jugé par la Cour de cassation, que l'indication faite par le père dans l'acte de reconnaissance peut établir la maternité, si elle se trouve corroborée par la possession

d'état qu'a donnée la mère (Cassation 7 janv. 1852, 26 mars 1866).

La Cour suprême a encore admis que la maternité déclarée dans un acte de naissance pouvait être tenue pour avérée si le réclamant justifiait de son identité au moyen de la possession d'état (Cassation 19 novembre 1856).

On verra dans la seconde partie de cette étude ce qu'il faut penser de cette jurisprudence que nous examinerons dans ses détails ; pour le moment qu'il suffise de remarquer qu'elle est arbitraire.

Puisque le Code ne parle de la possession d'état, ni comme preuve complète, ni à plus forte raison comme semi-preuve, il faut l'admettre ou la rejeter entièrement.

Ceci démontre combien il est temps d'agir.

Déjà en 1878, MM. Bérenger, de Belcastel et autres ont présenté au Sénat un projet de loi qui permet la recherche de la paternité, quand l'enfant est en possession de son état. Il est à souhaiter que ce projet passe dans la législation, et l'on ne peut mieux faire pour l'apprécier, que de citer les réflexions qu'il a inspirées à M. Stéphane Berge, avocat à la Cour d'appel :

« Il n'y a aucun inconvénient à autoriser l'enfant
« naturel à prouver en justice la paternité d'un in-
« dividu qui l'a toujours traité comme son fils. L'in-
« certitude de la preuve est bien plus faible ici que
« quand il s'agit d'enlèvement, de viol ou de séduc-

« tion. D'autre part, la spéculation qui consiste à
« compromettre un homme pour le forcer à assurer
« une paternité douteuse, ou à payer à beaux deniers
« comptants l'abandon d'une poursuite dont on le
« menace, ne peut se produire au cas où l'homme
« dont il s'agit, s'est regardé lui-même comme père
« de l'enfant. S'il est dupe, il y a mis une telle com-
« plaisance que le législateur ne peut, pour le ga-
« rantir contre sa propre sottise, sacrifier des intérêts
« assurément fort respectables. » (*Revue générale du
droit, de la législation et de la jurisprudence en
France et à l'étranger*, 1878, t. II, p. 430).

CHAPITRE III.

COMME PREUVE DE LA FILIATION ADULTÉRINE OU INCESTUEUSE.

La possession d'état est-elle une preuve de la filiation adultérine ou incestueuse ?

On appelle incestueux ou adultérin l'enfant issu du commerce de deux personnes qui, au moment de la conception, n'auraient pas pu s'unir légitimement soit à cause de leurs rapports de parenté ou d'alliance, soit à cause d'un mariage qui unissait déjà l'une d'elles à une autre personne.

L'inceste et l'adultère sont des faits scandaleux, qui jettent le trouble dans les familles et la société. Aussi le législateur a-t-il voulu, autant qu'il était en son pouvoir, ensevelir dans l'oubli les traces de liaisons si dangereuses pour les mœurs. A l'art. 331, il défend la légitimation des enfants adultérins ou incestueux. A l'art. 335, il dispose que la reconnaissance ne peut avoir lieu au profit des enfants nés de relations incestueuses ou adultérines; enfin à l'art. 342, il interdit la recherche de cette filiation.

Ce système est-il le meilleur? Il est permis d'en douter. Il a été l'objet de bien des critiques, et voici ce que dit M. Demolombe à son sujet :

« Pour ma part, je ne serais pas éloigné de penser

« que le mieux en législation et lorsqu'il s'agit de
« gouverner les hommes, c'est de les prendre comme
« ils sont. Il me paraît très-douteux qu'il y ait beau-
« coup d'avantages à ne pas voir ce que tout le monde
« voit, et à nier ce qui est certain. On s'expose ainsi
« à des résultats choquants, qui mettent cette igno-
« rance affectée de la loi en contradiction avec l'évi-
« dence des faits, et qui produisent un scandale sou-
« vent plus grand que la vérité même qu'on n'a pas
« voulu reconnaître et qu'on n'a pas pu dissimuler. »
(Demolombe, t. V, p. 561).

Quoi qu'il en soit, nous n'avons pas à nous demander quel serait en législation le meilleur système à suivre : celui de la loi est manifeste, et c'est de lui qu'il faut s'inspirer pour trancher les questions douteuses de cette matière.

On a déjà vu, chemin faisant, que la possession d'état est une reconnaissance tacite de la filiation, et la conclusion qu'on en a tirée, c'est que cette reconnaissance doit tomber comme la reconnaissance expresse sous le coup de la prohibition de l'art. 335. Cette conclusion est bien en rapport avec la pensée de la loi, puisque toutes les dispositions concourent à rejeter la preuve d'une filiation qu'elle considère comme un scandale public, et dont elle ne veut pas entendre parler.

C'est la doctrine qu'a suivie l'illustre doyen de la faculté de Caen : « Aux termes de l'art. 320, dit-il, « c'est à défaut de titre que la possession d'état

« forme preuve : à défaut de titre, c'est-à-dire, d'acte
« de naissance pour l'enfant légitime, et d'acte de
« reconnaissance pour l'enfant naturel.

« Or, la filiation adultérine ou incestueuse ne peut
« pas être prouvée par titre.

« Donc, elle ne peut pas l'être non plus par la pos-
« session d'état, que la loi considère comme une
« preuve subsidiaire qui suppose nécessairement la
« possibilité d'une preuve principale. »

On peut comprendre en effet qu'une législation permette la preuve par titre, et qu'elle refuse toute force probante à la possession d'état, mais ce que l'on ne comprend pas, ce qui ne s'est jamais vu, c'est une législation permettant une reconnaissance tacite, alors qu'elle prohibe absolument la reconnaissance expresse et formelle.

Personne ne songeait à contester cette solution, lorsqu'en 1851, M. Marcadé trouva qu'il était contradictoire, dans le silence du Code sur la possession d'état, d'admettre cette preuve en matière de filiation naturelle simple, et de la repousser en matière de filiation adultérine ou incestueuse.

Cet argument eut malheureusement pour résultat d'opérer une scission dans les rangs des défenseurs de la possession d'état. M. Hérold, qui jusqu'alors avait vaillamment soutenu notre thèse, se crut obligé de ne pas reculer devant cette prétendue conséquence de sa théorie.

Dans un article de la *Revue pratique* de 1856

(*Rev. prat.*, t. I^{er}, 1856, p. 193 à 211), il soutint que celui qui est en possession de l'état d'enfant adultérin ou incestueux devait être admis à prouver sa filiation. Aussitôt une vive polémique s'engagea entre M. Hérold et M. Bonnier, polémique dont nous allons retracer rapidement les principales phases.

Voici d'abord comment M. Hérold établit sa thèse :

On connaît déjà les prohibitions que contiennent les art. 335 et 342 de reconnaître ou de rechercher la filiation adultérine ou incestueuse.

On sait d'autre part que, dans les titres consacrés aux successions et aux donations, le législateur s'est encore occupé des enfants adultérins ou incestueux pour les exclure de la succession *ab intestat* de leurs parents et leur accorder des aliments (art. 762). On sait enfin que les père et mère de ces enfants ne peuvent les gratifier par la voie des donations ou des testaments (art. 908).

Comment donc ces derniers articles pourront-ils recevoir leur application ?

Au premier abord, il est difficile de le comprendre : car si la filiation adultérine ou incestueuse ne peut être ni reconnue, ni recherchée, comment les enfants pourront-ils réclamer les aliments qui leur sont dus ? s'ils reçoivent des libéralités, comment les héritiers légitimes du disposant pourront-ils les faire annuler ?

Il y a cependant des cas dans lesquels la filiation adultérine ou incestueuse se trouve légalement établie indépendamment de toute reconnaissance et de

toute recherche. Ces cas sont discutables, mais il y en a un au moins qui n'est pas controversé, c'est celui où un homme marié désavoue l'enfant de sa femme, et réussit dans sa demande. Si cet enfant est né plus de cent quatre-vingt jours après le mariage, il sera forcément adultérin, et sa filiation se trouvera par là même juridiquement établie à l'égard de sa mère.

Malgré ces quelques cas exceptionnels, il n'en est pas moins vrai que la plupart du temps il est impossible d'établir la filiation qui provient de l'adultère ou de l'inceste.

M. Hérold prétend qu'il n'est pas admissible que cette antinomie existe entre les articles qui défendent la reconnaissance et la recherche, et ceux qui supposent acquis la preuve de l'adultérinité ou de l'inceste.

Les législateurs sont pratiques, dit-il, ils ne statuent pas sur les exceptions, mais sur les situations générales; il faut donc ne pas s'en tenir à quelques cas très-rares, et voir dans la possession d'état un moyen de prouver la filiation adultérine ou incestueuse.

Puis, le savant jurisconsulte invoque à l'appui de son opinion des considérations morales et des raisons juridiques.

Il est immoral, la paternité adultérine ou incestueuse étant connue de tous, de donner à un père, qui en est indigne, le droit de léguer toute sa fortune à son enfant; immoral encore de permettre qu'un père, qui a révélé sa paternité au public, puisse refuser ensuite à son enfant le pain nécessaire à son exis-

tence ; immorale enfin la possibilité d'un mariage entre un père et celle à qui il a donné la possession d'état de fille adultérine.

On objecte que la reconnaissance par un acte authentique est prohibée ! mais la raison de cette différence s'explique parfaitement. La reconnaissance par acte authentique est un fait isolé, inconnu du public, la loi peut sans danger l'empêcher d'exister ; il ne dépend pas d'elle au contraire d'empêcher la possession d'état d'exister. Une fois le mal accompli, mieux vaut le constater pour l'arrêter, que de le laisser s'aggraver encore en refusant de le reconnaître.

Quant aux raisons juridiques, M. Hérold invoque celles que nous avons déjà fait valoir lorsqu'il s'agissait de la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle. Puis il trouve qu'il est arbitraire de ne pas étendre ce mode de preuve à la filiation adultérine ou incestueuse.

On soutient, dit-il, que le titre ne pouvant jamais prouver la filiation adultérine, il n'y a pas lieu d'admettre, en ce qui la concerne, une preuve qui n'intervient qu'à défaut de titre. Est-ce que le titre fait jamais défaut d'une manière plus complète que lorsqu'il ne peut pas y en avoir ?

Cette réponse est bien subtile, car n'est-il pas évident que quand la loi dit : à défaut de titre, la possession d'état suffit, elle n'entend pas prévoir le cas où elle interdit elle-même l'existence du titre, mais bien le

cas où ce titre vient à manquer par suite d'une force majeure?

Mais voici comment répond M. Bonnier (*Revue pratique*, t. I^{er}, 1856, p. 347).

Il n'a pas sans doute la prétention de nier l'inconséquence échappée au législateur, mais il l'explique parfaitement par l'historique du Code.

Les art. 762 et suivants ont été conçus dans un système tout autre que celui qui a définitivement prévalu.

En effet, on trouve dans le projet du Code, au titre des successions, une section qui traite des droits des enfants adultérins ou incestueux. L'art. 69 portait que les dispositions relatives à ces droits s'appliquaient à l'enfant adultérin ou incestueux *légalement reconnu*.

Or, si l'on se reporte au titre de la paternité et de la filiation, on ne trouve dans le projet aucune prohibition de rechercher ou de reconnaître une filiation incestueuse ou adultérine.

Donc, si l'on avait maintenu la première rédaction, le système du Code n'aurait rien eu d'anormal.

Mais le tribunal d'appel de Lyon, dans ses observations sur les dispositions du projet en matière de paternité et de filiation, s'étonna qu'on eût accordé, au titre des successions, des aliments aux enfants incestueux et adultérins légalement reconnus, demandant « s'il était possible que la loi autorise la déclaration publique et authentique de l'adultère et de l'inceste? »

On a tenu compte de l'observation faite par le tri-

bunal de Lyon en rédigeant les art. 335 et 342, qui défendent la reconnaissance et la recherche, mais on a laissé subsister avec leur caractère général les art. 792 et suivants, bien que ces articles ne soient plus applicables qu'à des situations exceptionnelles.

Peu importe dès lors que les exceptions soient plus ou moins nombreuses. Il y a antinomie, c'est vrai, mais elle s'explique, et il est certain qu'il faut chercher l'intention du législateur au titre de la paternité et de la filiation, et non pas au titre des successions.

D'ailleurs, même en se plaçant au point de vue de M. Hérold, n'y aurait-il pas encore antinomie entre ces deux titres? L'art. 762 parle des enfants adultérins ou incestueux comme si leur filiation pouvait être aussi bien connue que celle des enfants naturels, et cependant la reconnaissance par acte authentique et la recherche en sont défendues! Permet-on la preuve par la possession d'état? On aboutit à étendre dans une certaine mesure les cas dans lesquels l'art. 762 s'applique, mais il ne s'applique encore qu'exceptionnellement.

L'idée de l'éminent jurisconsulte, conçue dans le but assurément très louable de faire disparaître une contradiction légale et d'éviter un scandale public, n'est donc après tout qu'un palliatif, et nous demeurons convaincu qu'elle n'est pas en harmonie avec l'esprit du Code, qui a été d'empêcher de paraître en justice, quelle que soit la preuve offerte, pour faire

reconnaître une filiation adultérine ou incestueuse. C'est ce qu'a pensé le tribunal de la Seine dans un jugement du 28 juillet 1855 confirmé par la Cour de Paris le 19 mai 1856.

Cependant M. Hérold ne se tint pas pour battu. Il répliqua dans un nouvel article paru dans la *Revue pratique* de 1856 (t. II, p. 145).

Dans cette réplique il s'attaque surtout à l'opinion intermédiaire, qui consiste à considérer la possession d'état comme une preuve de la maternité naturelle, tout en la répudiant comme preuve de la paternité, opinion que défend son adversaire. Il démontre avec vigueur, et le texte en main, qu'il n'y a pas de transaction possible, qu'il faut être radical dans un sens ou dans l'autre. Du reste, dit-il, quelle serait la raison morale de repousser la preuve de la paternité par la possession d'état, si l'on admet celle de la paternité? On ne peut pas en donner.

Quant aux arguments peu nombreux qu'il dirige contre les partisans de l'affirmative absolue, ils sont faciles à réfuter.

La possession d'état n'est pas une reconnaissance, elle en diffère au point de vue de la forme et au point de vue de la force probante.

Personne assurément n'a la pensée de contester ces différences entre la reconnaissance expresse et la reconnaissance tacite, mais cela prouve-t-il que la possession d'état n'est pas une reconnaissance tacite?

Le législateur peut défendre la reconnaissance par acte authentique : il ne peut pas empêcher la possession d'état d'exister. C'est une preuve qui résulte de la force des choses.

Soit! mais le législateur peut empêcher que cette preuve soit admise en justice.

Enfin les art. 762 et 908 sont des peines édictées contre des parents indignes : la loi a voulu punir, elle a donc voulu voir.

C'est la reproduction sous une autre forme de l'argument qui consiste à dire que les dispositions de la loi sont contradictoires. On a déjà expliqué cette antinomie, il est inutile d'y revenir. D'ailleurs si le législateur a voulu voir, pourquoi l'interdiction de la reconnaissance authentique? Pourquoi l'interdiction de la recherche?

DEUXIÈME PARTIE.

DE LA POSSESSION D'ÉTAT JOINTE AU TITRE.

CHAPITRE PREMIER.

DU TITRE ET DE LA POSSESSION CONFORME.

A. — En matière de filiation légitime.

§ 1^{er}. — *Art. 322 et son but.*

La possession d'état et l'acte de naissance pris isolément prouvent bien la filiation légitime; mais ils n'excluent pas la preuve contraire. Quand ces deux modes de preuve sont réunis, il n'en est plus de même : la preuve devient irréfragable.

C'est ce qu'exprime en ces termes l'art. 322 :

« Nul ne peut réclamer un état contraire à celui
« que lui donnent son titre de naissance et la pos-
« session conforme à ce titre.

« Et réciproquement, nul ne peut contester l'état
« de celui qui a une possession conforme à son titre
« de naissance. »

Ainsi quand les adversaires de l'enfant et l'enfant lui-même demanderaient à établir que le titre et la possession d'état sont mensongers, que les époux n'ont jamais eu d'enfants, leur demande ne devrait pas être écoutée.

Pourquoi cela? on en a donné plusieurs motifs.

La généralité des auteurs enseigne, et cette raison n'est contestée par personne, que le législateur a voulu, par cette règle protectrice de l'état des personnes, assurer le repos des familles et le bon ordre de la société.

Il peut arriver que des époux présentent à l'officier de l'état civil comme étant né de leur mariage un enfant qui leur est étranger, et qu'ensuite ils l'élèvent et le traitent comme le leur; mais ce ne peut être qu'une exception fort rare. Mieux valait donc veiller à la tranquillité des familles que de fermer la porte à quelques fraudes peu vraisemblables.

M. Laurent ajoute à ce motif une seconde explication de l'art. 322.

Si l'état de l'enfant est inattaquable, dit-il, ce n'est pas seulement parce que les deux preuves réunies donnent à peu près la certitude du fait qu'elles démontrent; mais parce que ces preuves ne pourraient être combattues que par la preuve testimoniale, et qu'on ne doit pas préférer à deux preuves sûres une troisième preuve très-chanceuse.

Oui, il est bien vrai que le témoignage offre moins de garantie que le titre et que la possession d'état, surtout quand ces deux preuves se prêtent un mutuel concours. Mais est-ce là la pensée de la loi? Rien ne nous le dit, et nous ne prendrons pas sur nous de l'affirmer. Une seule chose est évidente, c'est qu'il

fallait s'arrêter quelque part, et qu'une fois certaines conditions accomplies, le législateur a voulu, dans l'intérêt social, que l'état des enfants légitimes fût définitivement fixé.

§ 2. — *Application de la règle de l'article 322.*

Dans l'interprétation de l'art. 322, on doit tenir compte du but poursuivi par la loi ; mais on ne doit pas oublier non plus que la règle qu'il proclame est exorbitante du droit commun, et qu'elle peut abriter la fraude. Aussi, toutes les fois que le texte ne s'y refuse pas, il faut appliquer la règle ; mais si un seul mot s'y oppose, il faut revenir au droit commun.

Par exemple, il s'agit dans l'art. 322 d'une possession d'état conforme au titre : la fin de non-recevoir cessera donc d'exister toutes les fois qu'il sera démontré que, par erreur ou par fraude, la possession d'état s'est appliquée à un autre enfant que celui pour lequel l'acte a été dressé. Ainsi le tribunal devrait accepter l'offre faite de prouver que l'enfant qui a la possession d'état a été substitué, depuis la rédaction de l'acte de naissance, à celui dont la femme est accouchée.

Mais il n'en serait plus de même si l'on offrait de prouver que la substitution a eu lieu avant la rédaction de l'acte de naissance ; car alors on serait dans les termes de l'art. 322, le titre aurait été dressé

pour l'enfant, et la possession d'état serait conforme au titre.

Cependant cette solution n'est pas admise par tous. M. Laurent prétend qu'il n'y a pas à distinguer, que la preuve est inadmissible dans un cas comme dans l'autre. Il part du principe imaginaire exposé plus haut, et en conclut que la loi manquerait son but, si l'on autorisait la preuve de la non identité : car on ouvrirait la porte aux faux témoins, ce que le législateur n'a pas voulu.

La preuve résultant de l'acte de naissance et de la possession d'état conforme serait inébranlable, si l'enfant prétendant qu'il a été inscrit sous de faux noms demandait à prouver sa véritable filiation par témoins. C'est qu'en effet l'art. 323 ne trouve pas ici son application, puisqu'il vise le cas où l'enfant n'a ni titre ni possession constante.

Si du reste il était applicable, on s'empresserait toujours de l'invoquer, la loi manquerait son but, et l'art. 322 deviendrait une lettre morte.

Mais pourrait-on, par une procédure en faux, c'est-à-dire en soutenant non pas que la déclaration faite à l'officier d'état civil a été mensongère, mais qu'elle n'a pas été faite telle qu'elle se trouve énoncée dans l'acte produit, pourrait-on, disons-nous, faire tomber l'acte de manière à échapper à l'application de l'art. 322?

Il est une hypothèse où la doctrine admet unanimement la négative. C'est celle où le faux a été

commis dans l'acte de naissance même. L'art. 322 reste applicable, parce que c'est bien le titre primitivement dressé pour l'enfant, et que d'autre part la possession d'état y est conforme.

Mais la difficulté s'élève si l'on se plaint d'une falsification faite après coup dans l'acte primitif.

On peut penser avec M. Demante, que le titre qu'on produit n'est plus le titre véritable, et qu'il n'est plus vrai de dire que la possession d'état est conforme au titre.

C'est l'opinion qui paraît indirectement confirmée par un arrêt de la Cour d'Amiens du 9 août 1821 (*Journal du Palais*, t. LXV, p. 405).

Dans l'espèce que la Cour avait à juger, elle déclare que l'inscription de faux est inadmissible, parce qu'elle ne porte pas sur l'état matériel de l'acte. Si donc il s'était agi d'une falsification, la Cour aurait accepté la demande.

D'autre part, il est permis d'hésiter. Ne va-t-on pas ouvrir la porte aux intrigants? Il suffira de se plaindre d'un faux matériel pour éluder l'art. 322. Pourquoi croire l'allégation de ce faux plutôt que l'allégation de l'autre?

Il faut néanmoins rester fidèle à notre principe, et, puisqu'on ne se trouve plus dans les termes de l'article 322, ne pas l'appliquer à cette hypothèse.

Il faut décider également qu'on peut toujours attaquer l'état de celui qui a un titre et une possession

conforme à ce titre, lorsqu'on prétend que les parents de l'enfant n'étaient pas mariés.

Qu'on ne l'oublie pas en effet, le chapitre II n'a trait qu'à la preuve de la filiation, et non pas à la preuve de la légitimité. Nous avons dit plus haut que ni la preuve par l'acte de naissance, ni la preuve par la possession d'état ne dispensaient l'enfant d'établir d'abord le mariage de ses père et mère. Comment ces deux preuves réunies le prouveraient-elles ?

Il en résulte que si le débat s'engage pendant la vie des père et mère ou de l'un d'eux, la preuve du mariage ne pourra se faire que par la production de l'acte de célébration (Cassation, 19 juin 1867, Dalloz, 1867, 1, 343).

Quid enfin de l'action en désaveu ?

Il semble, à première vue, que la question ne devrait pas se poser. L'art. 322 est formel : l'état de l'enfant qui a une possession conforme à son titre est incontestable, et le père qui désavoue son enfant conteste son état.

Cependant, MM. Aubry et Rau sont d'avis que le désaveu peut toujours être formé, nonobstant le concours de l'acte de naissance et de la possession d'état ; car, disent-ils, bien qu'il tende à renverser la preuve de la filiation, le désaveu est loin de la nier. Il suppose, au contraire, une filiation légitime légalement établie.

Il est à remarquer que l'hypothèse du désaveu se réalise bien rarement dans le cas où l'enfant jouit

d'une possession d'état d'enfant légitime; car le désaveu n'est recevable qu'autant que le mari n'y a pas renoncé expressément ou tacitement. Or, la règle générale est qu'il n'existe de possession d'état d'enfant légitime qu'autant qu'elle a été donnée par la femme et par son mari. Ce dernier a donc, par ses actes, renoncé tacitement à l'action en désaveu.

Il n'est cependant pas impossible de trouver un cas où la question se pose, c'est celui où, en l'absence du mari, l'enfant a reçu sa possession d'état de sa mère et de sa famille paternelle; si cette possession est conforme au titre de naissance, le mari de retour pourra-t-il désavouer l'enfant de sa femme? L'affirmative doit être admise; la loi en édictant la règle exorbitante de l'art. 322 n'a pas dû vouloir l'appliquer à la matière du désaveu, dont elle traite dans un autre titre.

B. — En matière de filiation naturelle.

§ 1^{er}. — *L'art. 322 est-il applicable à la filiation naturelle?*

A notre avis il ne devrait y avoir de controverse sur cette question que parmi ceux qui admettent la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle, et voici pourquoi :

La disposition de l'art. 322 est évidemment fondée sur ce motif que lorsque deux preuves comme le titre et la possession d'état se trouvent réunis sur la

même tête, il y a mille chances contre une pour que la filiation revendiquée par l'enfant soit l'expression de la vérité. Que l'une de ces deux preuves vienne à manquer, la raison d'être de l'article s'évanouit, et nous retombons dans le droit commun. La preuve contraire est admise.

Comment donc peut-il se faire que ceux, qui rejettent la preuve par possession d'état quant à la filiation naturelle, puissent prétendre appliquer l'art. 322 à cette filiation ?

Ce qui semble plus étrange encore, c'est qu'on ait pu dire que l'acte de naissance de l'enfant naturel réuni à une possession conforme rendait inattaquable l'état de cet enfant.

Or, l'acte de naissance n'est pas une preuve de la filiation naturelle, le titre pour les enfants nés d'une union libre, c'est l'acte authentique de reconnaissance, l'art. 334 le dit. Suivant les mêmes auteurs, la possession d'état ne doit pas être admise au nombre des preuves de cette filiation.

Et voilà cependant que deux semblants de preuve vont être assez puissants pour écarter toute contestation !

Voici comment la question devrait être posée :

Etant donné que la possession d'état est une preuve de la filiation naturelle, faut-il appliquer l'art. 322, quand cette possession est conforme à un titre de reconnaissance ?

Malgré les termes généraux de l'article, qui ne

distingue pas entre l'état d'enfant légitime et l'état d'enfant naturel, nous n'hésitons pas à nous décider en faveur de la négative.

La Cour de cassation s'est toujours prononcée dans ce sens, soit quand il s'est agi d'une possession d'état conforme à une acte de naissance, soit quand il s'est agi d'une possession conforme à un titre de reconnaissance, parce que, dit-elle, on ne peut transporter les dispositions du chapitre II relatives aux enfants légitimes au chapitre III relatif aux enfants naturels (Cassation, 12 février 1868, Dal., 1868, 1, 60).

Cet argument n'est pas très convaincant. Il est certain qu'on est forcé bon gré mal gré d'avoir recours au chapitre II pour suppléer aux lacunes du chapitre III.

Il ne faut donc pas s'appuyer sur la place qu'occupe l'art. 322, mais dire que la règle qu'il édicte, est absolument en dehors du droit commun, et que si le législateur l'a établie malgré les fraudes qu'elle peut couvrir, c'est qu'il était poussé par un intérêt majeur, le repos et la tranquillité de la famille. Ce motif n'existe plus pour les enfants naturels.

Du reste les deux hypothèses ne sont pas à comparer. La fraude est bien plus à craindre en matière de filiation naturelle qu'en matière de filiation légitime. Le titre et la possession conforme peuvent être le résultat de la complaisance d'une femme qui accepte pour sauver l'honneur d'une autre, un enfant qui ne lui appartient pas.

C'est sans doute pour ces raisons qu'on trouve au chapitre III, l'art. 339 ainsi conçu : « Toute reconnaissance de la part du père ou de la mère, de même que toute réclamation de la part de l'enfant, pourra être contestée par *tous ceux qui y auront intérêt.* » Ainsi on l'entend bien, toute *reconnaissance*, qu'elle soit accompagnée d'une possession d'état ou non, toute *réclamation*, qu'elle soit fondée sur une reconnaissance par acte authentique, sur une possession d'état, ou sur les deux preuves réunies, *pourra être contestée*. On ne peut pas employer de termes plus généraux, la contestation n'est soumise à aucune condition. Donc l'art. 339 déroge formellement à l'article 322.

En un mot l'opinion la plus sûre est celle qu'a suivie la Chambre des requêtes dans un arrêt rendu le 22 janvier 1840 (Dalloz, v^o *Paternité et filiation*, n^o 655, note 2). Il résulte de cet arrêt que l'état de l'enfant naturel est fixé par la reconnaissance faite dans l'acte de naissance, reconnaissance qui acquiert plus de force si la possession d'état d'enfant naturel y est conforme. Ainsi l'état n'est pas inattaquable, on peut le contester (art. 339); mais c'est au juge qu'il appartient de décider si cette contestation est bien ou mal fondée.

§ 2. — *Titre de naissance et possession d'état conforme.*

On sait que la Cour de cassation et la plupart des

Cours d'appel se refusent absolument à voir dans la possession d'état isolée la preuve d'une filiation naturelle. On vient de voir en outre que l'opinion qui tend à transporter du chapitre II au chapitre III la disposition de l'art. 322, n'a pas trouvé faveur auprès de la jurisprudence. A ses yeux la possession d'état est-elle donc dénuée de toute force probante ? N'est-elle qu'une présomption grave admise comme toute autre dans les conditions prescrites par l'art. 341.

Non, pas précisément.

La Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 1^{er} juin 1853 (Cassation, 1^{er} juin 1853, Dalloz, 1853, 1, 177), que l'acte de naissance prouve l'accouchement de la femme qui y est désignée; mais la preuve de l'accouchement ne suffit pas pour que la filiation soit établie. Il faut encore prouver l'identité du réclamant avec l'enfant indiqué dans l'acte de naissance. Comment se fera cette preuve ? Dans l'espèce de l'arrêt de 1853, l'identité n'était pas contestée. Aussi la Cour considère-t-elle dans ce cas la filiation comme complètement établie.

Mais un autre arrêt du 19 novembre 1856 vint déclarer : « Que si l'acte de naissance fait preuve de l'accouchement, cet acte ne constitue pas par lui-même et à lui seul la preuve de l'état de l'enfant, qui prétend s'en appliquer le bénéfice. Il doit en outre établir son identité avec l'enfant dont la mère est accouchée, et la constatation de cette identité ne peut résulter que d'une reconnaissance formelle ou

tacite de celle-ci, ou d'une action en recherche de maternité admise par justice. » (Dalloz, 1856, 1, 412).

En résumé, dans l'opinion de la Cour suprême, l'acte de naissance, où la mère se trouve désignée, fait preuve de l'accouchement, et la possession d'état fait foi de l'identité ; de sorte que par la réunion de ces deux preuves la filiation se trouve établie.

Puisque, dans notre opinion la possession d'état toute seule, indépendamment de tout commencement de preuve par écrit, abstraction faite de tout adminicule, prouve la filiation naturelle, il est clair qu'*a fortiori* la même solution s'impose quand cette preuve est corroborée par un indice, tel que la désignation de la mère faite dans l'acte de naissance. Mais ce qui est inacceptable, c'est qu'on fasse de la possession d'état une semi-preuve. Il n'y a pas de place ici pour les systèmes mixtes, il est inutile de chercher des biais. Ou la possession d'état est une preuve complète, ou elle n'est rien du tout. Il faut opter.

Quels sont les arguments qu'invoque la jurisprudence ?

L'art. 57 du Code civil, relatif aux énonciations que doit contenir l'acte de naissance, prescrit d'inscrire dans cet acte les prénoms, noms et profession des père et mère, sans distinguer s'il s'agit d'un enfant légitime ou d'un enfant naturel.

Les dispositions du Code pénal qui punissent toute personne qui ayant assisté à un accouchement ne ferait pas les déclarations prescrites par le Code civil, et toute personne qui aurait supposé un enfant à une femme non accouchée, ne distinguent pas davantage (art. 345 et 346, Code pénal).

Si donc la loi exige l'indication du nom de la mère, c'est que cette indication doit produire un effet juridique, et cet effet ne peut être que la preuve de l'accouchement.

L'argument tiré de l'art. 57 est facile à réfuter : car bien que cet article ne contienne aucune distinction, tout le monde est cependant d'accord pour décider qu'il ne s'applique pas en ce qui concerne le père naturel ; son nom ne doit jamais être indiqué, à moins qu'il ne se déclare lui-même. Quant au père, l'art. 57 n'a donc trait qu'à la filiation légitime. Dès lors il est fort possible qu'il en soit de même quant à la mère.

Mais cela ne suffit pas. Ce qui démontre que les rédacteurs du Code n'ont pas voulu faire de l'acte de naissance une preuve de l'accouchement de la mère, c'est qu'ils ont effacé, comme nous le verrons bientôt, une disposition de leur projet, qui déclarait que l'acte de l'état civil serait un commencement de preuve rendant admissible la recherche de la maternité.

L'acte de naissance ne valant même pas comme commencement de preuve, il est difficile de com-

prendre comment il pourrait valoir comme preuve complète.

Quoi de plus sage du reste que cette décision du législateur ? La maternité légitime est un honneur, la maternité naturelle une honte. N'est-il pas à craindre que dans ce dernier cas des témoins complaisants fassent une fausse déclaration ?

L'art. 345, dit-on, sévit aussi bien contre celui qui a supposé un enfant à une femme non mariée, que contre celui qui l'a supposé à une femme mariée. Qu'est-ce que cela fait quant à la preuve de la filiation ?

Est-ce que le fait d'imputer faussement une maternité honteuse ne méritait pas d'être réprimé aussi sévèrement que celui de supposer une naissance légitime ?

L'art. 346, dit-on encore, punit ceux qui y étant obligés n'ont pas fait la déclaration prescrite par l'art. 56, ici pas de distinction non plus.

Cela est vrai, mais on oublie que l'art. 56 n'ordonne de déclarer que la naissance : tel jour, à telle heure est né un enfant de tel sexe, voilà la seule déclaration qu'on soit obligé de faire. L'art. 57 ne prouve rien, puisque nous avons vu qu'il peut ne s'appliquer qu'à la filiation légitime.

Le titre consacré aux registres de l'état civil n'a d'ailleurs rien à faire avec les preuves de la filiation. Or, au titre de la filiation, on trouve dans le chapitre des enfants légitimes un article consacrant formelle-

ment la preuve par l'acte de naissance (319). Dans le chapitre des enfants naturels on trouve un article non moins formel, qui consacre la preuve par l'acte authentique de reconnaissance (334). Le législateur a donc clairement manifesté sa pensée, et c'est à ces deux dispositions qu'il faut s'en tenir.

Que faut-il en conclure ? C'est que le système de la jurisprudence aboutit à subordonner la preuve pourtant si sûre par la possession d'état à l'existence d'une désignation de la mère faite devant l'officier de l'état civil, désignation à laquelle le législateur n'a nullement attaché d'effet juridique. Malgré tout le respect que nous inspirent les décisions de la justice, nous ne pouvons nous empêcher de trouver ce résultat choquant.

Cependant il faut le constater, la Cour de cassation paraît avoir abandonné brusquement la jurisprudence qu'elle suivait depuis vingt ans. Dans un arrêt rendu le 3 avril 1872 (Cassation 3 avril 1872, Dalloz, 72, 1, 113), elle décide « qu'un enfant naturel n'est légalement reconnu que par la déclaration qui en a été volontairement faite dans un acte authentique aux termes des art. 334 et 336, ou par la déclaration de paternité ou de maternité judiciairement prononcée dans les cas prévus et sous les conditions déterminées par les art. 340 et 341 du même Code; *que cette reconnaissance authentique ou judiciaire ne peut pas être suppléée par une possession d'état conforme à un acte de naissance.* »

Ce système est certainement plus logique que le précédent : ou la possession d'état fait preuve complète, ou elle n'est rien.

Si l'acte de naissance d'un enfant naturel portant désignation de la mère ne prouve pas l'accouchement, ne peut-il pas au moins servir de commencement de preuve écrite, rendant admissibles le témoignage et les présomptions, telles que la possession d'état ?

C'est l'opinion qui a été admise par la Cour de Paris dans un arrêt du 18 mars 1850 (Dalloz, 51, 2, 30).

Sans entrer en discussion sur le point de savoir ce que l'on entend en matière de filiation naturelle par commencement de preuve par écrit, et s'il faut appliquer ici l'art. 324 ou l'art. 1347, il suffira pour réfuter cette doctrine de citer la disposition finale de l'art. 7 du projet. Elle était ainsi conçue : « Le registre
« de l'état civil qui constatera la naissance d'un
« enfant né de la mère réclamée, et duquel le décès
« ne sera pas prouvé, pourra servir de commence-
« ment de preuve par écrit. » (Locré, t. V, p. 30).

Cette partie de l'art. 7, aujourd'hui 341, parut dangereuse au ministre de la justice. Chacun pouvant se faire délivrer un extrait des registres de l'état civil, il la critiqua dans ces termes à la séance du 26 brumaire an X :

« Voici, dit-il, l'abus qui peut résulter de cette dis-
« position. Un aventurier qui trouvera sur les re-

« gistes l'inscription d'un enfant, dont le décès ne
« sera pas prouvé, prétendra qu'il est cet enfant, et
« à l'aide de quelques témoins subornés, il réussira
« dans sa demande. » (Locré, t. VI, p. 124).

Ce fut à la suite de cette observation que le dernier paragraphe de l'article fut supprimé.

Il n'y a donc pas de doute. Dans le système du Code, le registre de l'état civil qui indique le nom de la mère naturelle ne vaut ni comme preuve complète de l'accouchement, ni comme commencement de preuve.

§ 3. — *Reconnaissance du père et possession d'état conforme donnée par la mère.*

Ici encore la jurisprudence, comme si elle regrettait de ne pas admettre purement et simplement la preuve par la possession d'état, semble vouloir lui rendre un tardif hommage.

L'art. 336 s'exprime en ces termes : « La reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père. »

A contrario, dit la Cour de cassation, la reconnaissance faite par le père, avec indication et aveu de la mère, produit un effet contre celle-ci. Or quel peut être cet effet, si ce n'est celui d'une reconnaissance ?

Et puisque l'art. 336 ne parle pas des formes dans lesquelles l'aveu de la mère doit se produire, il s'ensuit qu'aucune condition de forme n'est exigée, et

que cet aveu peut être fait par acte sous seing privé ou même être tacite, c'est-à-dire résulter de la possession d'état que la mère a donnée à son enfant.

En d'autres termes suivant cette théorie, si la mère a été désignée dans la reconnaissance authentique faite par le père, et si de plus elle a constamment donné ses soins à l'enfant, la filiation se trouvera prouvée vis-à-vis d'elle comme par une reconnaissance authentique.

Pour fortifier l'argument déjà tiré de l'art. 336, on dit encore que cet article n'aurait énoncé qu'une vérité naïve et inutile s'il avait eu pour but de déclarer que la reconnaissance faite par le père ne pouvait produire aucun effet contre la mère. En effet cela va de soi, et il n'est pas dans les habitudes du législateur de formuler ainsi les conséquences évidentes des principes qu'il a posés.

Enfin on ajoute que ce système a pour lui le grand avantage pratique d'étendre considérablement les cas dans lesquels la filiation naturelle peut être prouvée. A quelle injustice en effet la théorie inverse conduirait-elle?

Un enfant naturel vient à naître, la mère retenue par les douleurs de l'enfantement ne peut pas aller faire à l'officier de l'état civil la déclaration de la naissance; mais le père se charge des formalités de la mairie. Il reconnaît son enfant et indique le nom de celle qui l'a mis au monde. Puis la mère croyant que l'indication de son nom

suffit, et cette ignorance est commune dans les classes inférieures de la société, ne se préoccupe pas du soin de faire l'aveu de sa maternité dans un acte authentique; elle meurt après avoir toute sa vie donné à l'enfant les soins qu'une mère donne à son fils. Serait-il équitable d'écarter l'enfant, qui demande à établir sa filiation par l'ensemble de tous ces faits, et d'exiger de lui un commencement de preuve par écrit rendant admissible la preuve testimoniale? (Rejet, 13 avril 1864, S. 64, 1, 209; — Rejet, 26 mai 1866, S. 66, 1, 143; — Rejet, 30 nov. 1868, S. 69, 1, 66; et la plupart des arrêts de Cours d'appel).

Malgré cette imposante unanimité de la jurisprudence, il est difficile d'adopter la même manière de voir.

D'abord il y aurait un moyen tout à la fois plus simple et moins arbitraire, à notre sens, d'améliorer l'état des enfants naturels en étendant les preuves de cette filiation : ce serait d'accepter la preuve par la possession d'état pure et simple.

En outre tous les principes de notre droit s'opposent à la doctrine de la jurisprudence. L'art. 334 pose une règle générale : la reconnaissance ne peut être faite que par acte authentique, et voici qu'on prétend qu'à l'art. 336 le législateur aurait détruit ce qu'il venait d'établir, du moins quant à la mère, en permettant à celle-ci de reconnaître son enfant par acte sous seing privé !

Il faudrait, pour qu'on puisse croire à une pareille

dérogação, une disposition moins ambiguë que celle de l'art. 336 et un argument plus probant qu'un *a contrario*.

Il est en outre de principe qu'on ne peut s'engager que pour soi-même (1119), et c'est un axiome non moins général qu'on n'avoue et qu'on ne peut avouer qu'un fait personnel. Pourquoi donc attribuer une certaine valeur à l'indication de la mère faite par le père dans sa propre reconnaissance.

Mais alors, nous dit-on, si l'art. 336 signifie que la reconnaissance est personnelle, cela était bien inutile à dire, les principes suffisaient, et dans la bouche du législateur une pareille naïveté n'est pas possible.

Cette naïveté s'explique cependant par l'historique de la rédaction de l'article.

Si la maternité est un fait certain, il n'en est pas de même de la paternité ; jamais un homme ne peut être sûr de sa paternité, la mère seule peut être à même de savoir quel est le père de son enfant. Il peut en outre arriver que plusieurs hommes trompés par la même femme reconnaissent le même enfant. De là scandale !

Aussi les rédacteurs du Code avaient-ils édicté la règle suivante dans l'art. 8 du projet primitif : toute reconnaissance du père seul, *non avouée par la mère sera de nul effet* (Locré, t. VI, p. 30).

Lors de la discussion au sein du Conseil d'État, dans la séance du 26 brumaire an X, Cambacérès,

Regnier, ministre de la justice, et bien d'autres firent ressortir les inconvénients graves de ce système. Que serait-il arrivé en cas de mort de la mère, ou de toute autre circonstance qui aurait rendu son témoignage impossible ou l'aurait déterminée à déguiser la vérité ? Le père aurait été dans l'impossibilité de reconnaître son enfant.

Pour éviter ce danger, le Premier Consul proposa de déclarer valable la reconnaissance faite par le père seul, mais de permettre à la mère de la faire tomber par une simple dénégation de sa part. En conséquence la première rédaction fut ainsi corrigée :

« La reconnaissance du père, si elle est désavouée
« par la mère, sera de nul effet. »

Ce fut conçu dans ces termes que l'article revint en discussion à la séance du 29 fructidor an X. Là encore il rencontra de nombreux contradicteurs.

« Il peut arriver, disait Cambacérès, que deux per-
« sonnes, qui ont vécu dans un commerce illicite,
« viennent à se haïr, serait-il juste alors de souffrir
« que la mère, en haine du père, pût rendre nulle la
« reconnaissance que celui-ci veut faire de leur en-
« fant commun ? La mère sera toujours le meilleur
« témoin sur le fait de la paternité ; mais si elle veut
« dissimuler ce fait, il ne faut pas que sa mauvaise
« volonté paralyse la bonne intention du père. »
(Locré, t. VI, p. 163).

Cette observation parut juste au Conseil d'État,

qui adopta définitivement cette troisième rédaction de l'article :

« La reconnaissance de l'enfant naturel n'aura
« d'effet qu'à l'égard de celui qui l'aura reconnu. »
(Locré t. VI, p. 166).

Maintenant comment ces mots malheureux : *sans indication et aveu de la mère* se sont-ils glissés dans l'art. 336 ? Le motif de ce dernier changement n'est indiqué nulle part dans les travaux préparatoires.

Mais est-il raisonnable de leur supposer le sens que leur donne la Cour de cassation ? assurément non, car il est inadmissible que les rédacteurs aient voulu faire de cette disposition une règle diamétralement opposée à celle qu'ils avaient d'abord en vue. Ils subordonnaient d'abord la reconnaissance du père à l'aveu de la mère, et voici que dans le système de la jurisprudence ce serait l'indication de la mère faite par le père qui produirait contre elle un effet ! Cet effet peut même devenir dangereux pour elle : car il est possible qu'on lui arrache une signature par surprise ou autrement, et sa maternité se trouvera définitivement établie.

Mieux vaut admettre que par ces mots « sans l'indication et l'aveu de la mère » les rédacteurs ont entendu rejeter complètement la théorie qu'ils avaient primitivement admise.

En un mot, voici selon nous le sens vrai de l'art. 336 : « la reconnaissance du père, *laquelle est*

valable sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père. »

En terminant il est à remarquer que de l'aveu même des partisans de l'opinion contraire, la désignation de la mère faite par le père n'a par elle-même aucune force probante, et ne peut à aucun degré produire d'effet contre la mère. Dès lors la doctrine de la jurisprudence aboutit à cette solution que la possession d'état est une preuve de la filiation naturelle à l'égard de la mère.

Nous avons donc bien raison de dire que ceux-là même qui se refusent le plus obstinément à donner à cette preuve sa véritable place, sont vaincus tôt ou tard par la force des choses, et se trouvent réduits à des moyens qu'on pourrait qualifier d'arbitraires.

CHAPITRE II.

DU TITRE ET DE LA POSSESSION D'ÉTAT CONTRAIRE.

Il reste peu de choses à dire dans ce chapitre.

On sait déjà qu'en matière de filiation légitime la possession d'état ne peut servir de preuve qu'à défaut de titre, c'est-à-dire à défaut d'acte de naissance (art. 320). Il en résulte nécessairement que si le titre et la possession d'état sont contraires, c'est le titre qui l'emporte.

Quant à la filiation naturelle, puisque dans notre opinion il faut transporter purement et simplement l'art. 320 du chapitre II au chapitre III, il est évident que la règle suivie en matière de filiation légitime est également applicable à la filiation naturelle. Il n'y a rien là d'inconséquent : car de même que nous soutenons qu'en matière de filiation naturelle la foi due à la possession d'état est plus grande que celle qu'on doit à la reconnaissance authentique, de même nous avons soutenu que la preuve par la possession d'état présente, en matière de filiation légitime, une force de beaucoup plus probante que celle de l'acte de naissance, et cependant cela ne nous a pas empêché de reconnaître que le législateur avait eu parfaitement raison de préférer la preuve commode par les registres publics à la preuve beaucoup plus difficile par possession d'état.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. — Le concubinat n'était pas à Rome une union consacrée par la loi et produisant des effets civils : c'était un simple fait licite.

II. — Les enfants qui naissaient *ex concubinato* n'ont porté spécialement le nom de *liberi naturales* qu'au Bas-Empire : avant cette époque on les appelait comme les autres enfants naturels *spuriî*, *vulgo concepti* ou *liberi naturales*.

III. — Ces enfants ne comptaient pas à leur père pour obtenir le *jus liberorum*.

IV. — Ils ne lui comptaient pas non plus pour l'application des lois caducaires, c'est-à-dire pour obtenir le *jus patrum*.

V. — Les enfants nés du concubinat n'avaient

droit ni à des aliments, ni aux *bonorum possessiones* dans la succession de leur père.

VI. — Le simple consentement suffisait à Rome pour contracter les *justæ nuptæ*.

DROIT FRANÇAIS.

I. — D'après le Code civil la possession d'état prouve par elle-même la filiation naturelle.

II. — Elle ne prouve pas au contraire la filiation adultérine ou incestueuse.

III. — L'art. 322 du C. civ. n'est pas applicable en matière de filiation naturelle.

IV. — L'art. 336 du C. civ. signifie que la reconnaissance faite par le père n'a d'effet que vis-à-vis de lui.

V. — La théorie d'après laquelle l'acte de naissance d'un enfant naturel prouverait l'accouchement de la mère, et la possession d'état prouverait l'identité, doit être rejetée.

VI. — L'acte de naissance d'un enfant naturel ne constitue même pas un commencement de preuve par écrit, rendant admissible la preuve de la filiation par le témoignage ou la possession d'état.

DROIT PÉNAL.

I. — La connivence du mari à la débauche de sa

femme ne constitue pas une fin de non-recevoir sur sa plainte en adultère.

II. — Les actes commis en état de somnambulisme sont protégés par l'art. 64 du Code pénal.

DROIT DES GENS.

I. — Le fait par un neutre d'accorder le passage sur son territoire aux troupes d'un belligérant constitue une violation de la neutralité.

II. — Le fait par une armée assiégeante de diriger ses bouches à feu contre les maisons, les églises et autres édifices non militaires ne constitue pas une violation du droit international.

Vu par le Président de la Thèse,
LABBÉ.

Vu par le Doyen,
CH. BEUDANT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

